
3 1761 09492407 3





Der

Thatbestand des Civilurtheiles

nebst

einem Anhange

enthaltend

Formulare von Thatbeständen

dargestellt

von

Fr. Albert Wengler,
K. S. Oberlandesgerichtsrath in Dresden.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke).
1884.



Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

§. 1.

Vergleichender Rückblick auf die frühere Gesetzgebung.

In §. 284 der Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich finden sich Bestimmungen über den Inhalt der von den Gerichten zu fällenden Urtheile.

In ihrem Zusammenhange lautet die angezogene Gesetzesvorschrift:

Das Urtheil enthält:

1) die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;
2) die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
3) eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);
4) die Entscheidungsgründe;
5) die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel.

Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen.

Weiter sind in §§. 285. 291. 505 CPO. Bestimmungen enthalten über den Beweis durch den Thatbestand, über Berichtigung desselben und über den Thatbestand des Berufungsurtheils, — auf welche allenthalben weiter unten am geeigneten Orte des Näheren zugekommen werden wird.

Die Abfassung des Urtheils seinem gesammten Inhalte nach fällt ausschließlich der richterlichen Thätigkeit zu. Denn das Gesetz hat die Einrichtung des rheinisch-französischen Rechtes, welches die Anfertigung des Thatbestandes — der sogenannten Qualitäten — im Anwaltsprozesse den Anwälten überträgt, prinzipiell nicht angenommen. Hierbei befindet sich die Civilprozeßordnung in Uebereinstimmung mit den Prozeßgesetzgebungen von Hannover und Württemberg, in welchen ebenmäßig die Fertigung des Thatbestandes in die Hände des Gerichts gelegt war.[1]).

Im Gegensatze zu dem gemeinen deutschen Prozeßrechte und einzelnen deutschen Gesetzgebungen, welche eine solche Aufgabe nicht kannten[2]), ist nunmehr den vaterländischen Gerichten eine Pflicht erwachsen, deren richtige Erfüllung in vielen Fällen schwieriger und in den meisten Fällen zeitraubender ist, als die Abfassung der Entscheidungsgründe.

Dieser Satz wird schon von bewährten Praktikern aus Ländern, in denen eine mit §. 284 No. 3 der CPO. konforme Anordnung bereits bestanden hatte, auf Grund der von ihnen dort gemachten Erfahrungen bestätigt[3]). Dieselbe Erscheinung hat sich in denjenigen deutschen Ländern wiederholt, in deren Prozeßsystemen es an einem solchen Vorgange fehlte. Bei dem durch die Civilprozeßordnung geschaffenen Uebergange von dem rein schriftlichen zum mündlichen Verfahren mußten die mit Fertigung eines guten Thatbestandes für Neulinge im mündlichen Prozeß verbundenen Schwierigkeiten besonders hervortreten. Weiter zeigt aber auch der Rückblick auf die seit Einführung des Reichsgesetzes geübte Praxis ein großes Schwanken über die Handhabung der den Thatbestand betreffenden Vorschriften. Denn nicht allein, daß aus den Urtheilen der in den verschiedenen Bundesstaaten rechtsprechenden Behörden vielfach eine Divergenz der Behandlung bemerkbar geworden ist, so herrschen auch bei den Gerichten des einzelnen Landes verschiedene Auffassungen über dasjenige, was zum Thatbestande des Urtheils gehört und was aus demselben wegzulassen ist. Ja selbst innerhalb der einzelnen Abtheilungen eines grö-

---

[1]) Vgl. Hann. CPO. vom 1. Okt. 1852. §§. 355. 356. Württ. CPO. vom 3. April 1868. Art. 370.

[2]) Danach bestand das Civilurtheil nur aus der eigentlichen Urtheilsformel (dem Tenor) und den Entscheidungsgründen. Wenn schon die Uebung es fast allgemein mit sich brachte, daß vor den Gründen eine species facti gegeben wurde, so bestand doch keine bestimmte Regel über den Umfang und den Inhalt dieser Darstellung des thatsächlichen Aktenmateriales. Die Anfertigung derselben war entweder ausschließlich dem Referenten überlassen oder hing vielleicht im einzelnen Falle vom Konklusum des erkennenden Gerichtes ab.

[3]) vgl. insbesondere die unten in §. 2 angezogenen Abhandlungen des Reichsgerichtsrathes von Streich.

ßeren Gerichts (Senat, Kammer) tritt diese Verschiedenheit der Behandlung oft recht prägnant hervor — hervorgerufen vielleicht durch einen in der Person des Vorsitzenden eingetretenen Wechsel oder sonst durch einen rein äußeren Umstand. Außer der Frage, ob die Darstellung des Sachverhaltes in größerer oder geringerer Ausdehnung zu erfolgen habe, giebt hauptsächlich die Form, in welcher der Thatbestand zu den Entscheidungsgründen erscheint, sowie die Art und Weise, wie in demselben auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen werden kann, zu Debatten reichlichen Anlaß.

Allerdings ist, Dank den Winken, welche sich in dieser Richtung aus der Judikatur des Reichsgerichtes ergeben, inmittelst eine gewisse Klärung der Situation eingetreten. Damit sind indessen jene Schwierigkeiten überhaupt nicht endgültig beseitigt; vielmehr wird voraussichtlich auch in diesem Punkte der Satz: practica est multiplex fortwährend seine Geltung behalten.

Besonders erschwert wird die Aufgabe der deutschen Richter bei Anfertigung des Thatbestandes durch die Vorschrift in §. 281 der CPO. Es ist darin bestimmt, daß die Verkündung des Urtheils in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine zu erfolgen habe, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll. Diese einwöchige Frist erweist sich, wie die Erfahrung bei größeren Gerichten lehrt, nicht blos bei solchen Prozeßsachen, welche in der rechtlichen Beurtheilung Schwierigkeiten mit sich bringen, sondern vorzugsweise bei solchen, welchen ein sehr umfängliches Streitmaterial zum Grunde liegt, vielfach als unzureichend — ganz abgesehen noch von dem Umstande, daß der mit Entwerfung des Thatbestandes beauftragte Referent während derselben Zeit zugleich noch durch andere Berufsarbeiten in Anspruch genommen ist, übrigens auch erfahrungsgemäs bei der schriftlichen Ausarbeitung der Entscheidungsgründe nicht selten Bedenken gegen die Richtigkeit einzelner zur Begründung der Entscheidung erforderlichen Sätze, welche bei der Berathung im Kollegium angenommen worden sind, sich geltend machen und bei anderweiter Berathung als zutreffend anerkannt werden müssen. — Auch bringt die Kürze der Entscheidungsfrist, welche — beiläufig bemerkt — in schroffem Widerspruche steht mit der Länge der Berufungs- und der Revisionsfrist[4]), die Gefahr mit sich, daß die Gründlichkeit und Wissenschaftlichkeit der zu gebenden Entscheidung leiden könne[5]).

---

[4]) vgl. CPO. §§. 477. 514.

[5]) Von der Vorschrift in CPO. §. 286 Abs. 2, welche die Füglichkeit einer Verlängerung des in §. 281 gedachten einwöchigen Zwischenraums um weitere acht Tage gewährt, wird — nach den von uns gemachten Erfahrungen — in der Praxis zu wenig Gebrauch gemacht. Zu den Partieen des Gesetzes, welche

Auf die hierbei von selbst sich aufwerfende Frage, ob die Einführung des französisch-rheinischen Systems der Qualitäten so schlechterdings mit dem Wesen und den fundamentalen Grundlagen des deutschen Civilprozesses unvereinbar gewesen sein würde, wie dies vielfach behauptet worden ist, und auf Prüfung der verschiedenen Beurtheilungen, welche dieses System im Laufe der Zeiten gefunden hat, kann hier nicht näher eingegangen werden. Läßt sich auch gegen jenes Institut von rein theoretischem Standpunkte aus mancherlei einwenden, so ist doch andererseits nicht in Abrede zu stellen, daß mit gewissen Verbesserungen die Qualitäten auch für den deutschen Prozeß hätten beibehalten werden können[6]), wie denn auch der gesetzgeberische Vorgang in einem größeren deutschen Staate einen thatsächlichen Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung liefert[7]). Im Uebrigen zeigt das eingehendere Studium des französischen Prozeßrechts, daß die Inkonvenienzen, welche man in dem Qualitätensystem gefunden hat, und welche die Veranlassung gewesen sind, daß dasselbe in neueren, dem französischen Rechte nachgebildeten Gesetzgebungen keine Aufnahme gefunden hat[8]), zum großen Theile weniger auf Mängel des Systems selbst, als vielmehr auf die Art und Weise der Handhabung desselben durch die Anwälte zurückgeführt werden müssen.

Scharfe Angriffe hat das Institut des Thatbestandes in neuester Zeit von Seiten eines hervorragenden Praktikers erfahren[9]). Seine Ausführungen, soweit sie hierher gehören, gipfeln in folgenden Sätzen:

„Die Vorschrift des Gesetzes, wonach der Richter in sein Urtheil einen Thatbestand aufnehmen solle, welcher eine gedrängte Darstellung des

---

einer Reform bedürftig erscheinen, ist daher sicherlich die in §. 281 cit. enthaltene Vorschrift zu zählen. Vgl. hierüber im Allgemeinen Scherer: „die Civilprozeßnovelle in Sicht", in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. V S. 481—491. Die CPO. enthält ja überhaupt so manche Bestimmungen, welche, obschon dieselben bei der Berathung sorgfältig erwogen worden sind, doch in ihrer praktischen Anwendung unter einem andern Bilde erscheinen, als dasjenige ist, welches sich zu jenem Zeitpunkte darbot.

[6]) vgl. u. A. Schlink: Kommentar über die französische CPO. II. Thl. §. 381 S. 446.

[7]) vgl. die Bayerische Civilprozeßordnung v. J. 1869. Eingehende literarische Nachweisungen hierüber bei (Dr. Gottfried) Schmitt: der bayerische Civilprozeß II. Bd. (Bamberg 1872) S. 306 fg., insbesondere S. 307 in Anm. 11 und bei Dr. Barth: Komment. zur neuen CPO. für das Königreich Bayern (Nördlingen 1869) I. Bd. S. 93, verb. mit Bd. II S. 104 f.

[8]) So z. B. in Genf und in Belgien. Vgl. hierüber Mittermaier: im Archive für civilistische Praxis Bd. VI S. 36; XXXIII S. 131; XXXIV S. 123.

[9]) zu vgl. Bähr: in der unten in §. 2 angezogenen Schrift S. 221 f.

Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Parteiverträge enthält, führe, der Sache nach, immer wieder auf das Prinzip der Schriftlichkeit zurück. Während der Richter das von den Parteien schriftlich Vorgebrachte „bei Leibe" nicht beachten dürfe, solle diese vom Richter der Vorinstanz angefertigte Schrift das Prinzip der Mündlichkeit zum Ausdrucke bringen. Dieser richterlich angefertigte Thatbestand habe durchaus keine Vorzüge vor demjenigen Thatbestande, welcher sich aus den Schriften der Parteien ergebe. Das von dem Anwalte unmittelbar nach den Angaben der Parteien Niedergeschriebene werde eine weit größere Gewähr der Richtigkeit an sich tragen, als dasjenige, was der Richter auf den mündlichen Vortrag der Anwälte — also aus zweiter Hand — nach der Erinnerung niederschreibe. Daß die Parteien auch Anderes, als das in den Schriftsätzen Enthaltene, bei der mündlichen Verhandlung vorbringen dürften, würde nur die Feststellung dieses Anderen, soweit es vorgekommen, nothwendig machen.

Vielleicht werde der Vorzug der neuen Einrichtung in der Gedrängtheit der Darstellung gefunden.

Aber in einem einigermaßen verwickelten Prozesse eine gedrängte und doch vollständige Darstellung der Thatsachen zu geben, sei eine der schwierigsten Aufgaben.

Natürlich könne die „gedrängte Darstellung" nur dadurch erreicht werden, daß man Unerhebliches weglasse.

Was aber sei unerheblich? Könne nicht der Urtheilsverfasser darin irren, nicht irren in der Auffassung dessen, was die Parteien vorgebracht haben, oder auch, selbst bei richtiger Auffassung, irren in der Wahl seiner Ausdrücke? Je öfter eine Darstellung durch „das Filter fremden Denkens" hindurchgehe, um so unsicherer werde sie. Und doch komme es im Prozeß auf die genaueste Kenntnis der Thatsachen an; oft hänge der Prozeß von einem einzigen Worte, ja von einer einzigen Silbe ab.

Und der Instanzrichter müsse sich doch bewußt sein, daß diese so schwierige und verantwortliche Arbeit, welche einen so großen Fleiß erfordere, für den eigentlichen Zweck des Prozesses nutzlos sei. Denn die Parteien, welchen die Thatsachen schon bekannt seien, brauchten nicht erst darüber belehrt zu werden. Das eigene Richter-Kollegium habe diese Thatsachen so eben vor sich verhandeln gehört. Der Thatbestand habe also nur den Zweck, im Interesse der höheren Instanz festzustellen, was mündlich vorgebracht ist, und, wenn dieses das Nämliche ist, was schon in den Akten steht, dem Richter höherer Instanz das Aktenlesen zu ersparen.

Und deshalb solle der Richter der Vorinstanz nicht allein das, was für ihn selbst unerheblich erscheint, sondern auch alles, was für die höheren Instanzen erheblich werden könnte, in sorgfältiger Darstellung ausarbeiten! Werde aber ein Rechtsmittel gar nicht ergriffen, so sei die Arbeit vollends umsonst angefertigt. Müsse da nicht gerade der fleißige Richter sich stets sagen, daß er weit besser seine Kräfte verwerthen könnte, als damit, einen solchen Thatbestand zurecht zu drechseln?

Die schlimmste Seite der Sache aber liege darin, daß mit der Abfassung des Thatbestandes vielfach das Schicksal des ganzen Prozesses in die Hände eines einzelnen Mannes gegeben sei, — ohne Kontrole, ohne Rechtsmittel. Es brauche nur der den Thatbestand abfassende Richter darin eine Erklärung der Partei unrichtig wiederzugeben oder wegzulassen und die Partei sei unwiderbringlich daran gebunden. Eine wirksame Kontrole sei in dieser Beziehung in der Mehrzahl der Fälle auch weder durch das Richter-Kollegium, noch durch das in §. 291 CPO. eingeführte Rechtsmittel der „Berichtigungdes Thatbestandes" geboten. In Wahrheit also sei mit dem Thatbestande des Urtheils die ganze Grundlage für die Entscheidung des Prozesses den Parteien selbst aus der Hand genommen und in eine einzige dritte Hand gespielt. Und wehe den Parteien, wenn diese Hand eine unglückliche ist! Welche Summe von Willkühr werde sich in dem richterlichen „Thatbestand" häufen, der nur in der Luft zerfließende Worte zur Grundlage nimmt und dadurch jeder Kontrole spottet!

Von der Bestimmung in §. 284 CPO., wonach bei Darstellung des Thatbestandes eine Bezugnahme auf die Schriftsätze „nicht ausgeschlossen" sein solle — eine euphemistische Redeweise, welche aus dem stillen Bewußtsein der völligen Undurchführbarkeit der Thatbestandslehre hervorgegangen sei — habe man zwar einigermaßen Abhülfe von Vornherein erhoffen dürfen, dergestalt, daß in der Bezugnahme auf die Schriftsätze das erste und wichtigste Recht der Parteien, in allen schwierigen Fällen mit ihrer eigenen thatsächlichen Darstellung von den Richtern aller Instanzen unmittelbar gehört zu werden, doch wieder zur Geltung kommen würde. Nach den diesbezüglichen Entscheidungen des Reichsgerichts scheine indessen diese Hoffnung nicht in Erfüllung gehen zu sollen. Werde auf diesem Wege fortgefahren, so seien damit die Parteirechte in einem Maße dem Zufall und der Willkühr Preis gegeben, wie es seit Menschengedenken jedenfalls innerhalb des größeren Theiles von Deutschland nicht der Fall gewesen. —"

Die bis zu einem gewissen Grade allerdings anzuerkennenden Unvollkommenheiten der ganzen Einrichtung, die bedenklichen Seiten, welche die Lehre

vom Thatbestande darbietet, ja selbst ihre völlige Undurchführbarkeit in einer großen Anzahl von Fällen können kaum drastischer, als durch vorstehende Ausführungen geschehen ist, gezeigt werden. Würden dieselben daher auch de lege ferenda Beachtung beanspruchen können, so sind sie doch vom Standpunkte der lex lata aus im Wesentlichen gegenstandslos; so lange sie besteht, müssen Anwälte und Richter mit der — wenn auch ungenügenden und prinzipiell vielleicht verwerflichen Einrichtung — wohl oder übel — auszukommen bestrebt sein. Der gegenwärtigen Schrift liegt daher auch polemische Tendenz fern.

§. 2.

Literatur und Praxis über die Lehre vom Thatbestande.

Die Kommentatoren der Civilprozeßordnung behandeln die Lehre vom Thatbestande mehr oder weniger eingehend. Die Anführung derselben unterbleibt an diesem Orte, da die nöthigen Nachweisungen bei den einzelnen einschlagenden Punkten erfolgen werden.

An besonderen Bearbeitungen, welche unser Gegenstand gefunden hat, sind dem Verfasser folgende bekannt geworden:

von Streich (Reichsgerichtsrath): der Thatbestand des Civilurtheils, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgeg. von Rassow und Küntzel, Band XXV oder dritte Folge V. Band S. 237—256 und im Württembergischen Gerichtsblatt, herausgeg. von F. von Kübel, Bd. XVIII (1880) S. 179—189. (Eine gedrängte Rekapitulirung des zuerst bezogenen Aufsatzes, welcher sich übrigens mit dem zweiten Aufsatze nicht vollständig deckt, sondern ausführlicher als der letztere ist, findet sich bei Wallmann: deutsche Juristenzeitung VI. Bd. (1881) S. 151 f. und in dem sogleich weiter zu erwähnenden Aufsatze Möller's.)

Bretschneider (Senatspräsident in Jena): zur Anwendung des §. 284 der CPO. in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 28 oder Neue Folge Bd. VIII (1881) S. 353—368, insbes. S. 356 fg. unter IV.

Stegemann (Oberlandesgerichtsrath in Celle): der Thatbestand im Urtheile, im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, herausgeg. von Bödiker (Landgerichtsrath in Hildesheim) I. Bd. S. 165—172.

Möller (Oberlandesgerichtsrath in Marienwerder): Bemerkungen zur deutschen Civilprozeßordnung, in Gruchot's Beiträgen Bd. XXVI,

oder III. F. VI S. 182 fg., insbes. unter S. 192—199 (über den Thatbestand des Berufungsurtheils).

von Bülow (Landgerichtsrath in Halle): zur Lehre vom Thatbestande, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß von Busch, Bd. IV unter VIII S. 333—351.

Bünger (Landrichter in Schneidemühl): inwieweit ist dem in erster Instanz festgestellten Thatbestande fortwirkende Kraft in der Berufungsinstanz beizulegen?, in der ang. Zeitschrift für Civilprozeß Bd. IV S. 352—374.

von Kräwel (Geh. Justizrath und Oberlandesgerichtsrath in Naumburg): Erfahrungen im deutschen Civilprozesse, in derselben Zeitschrift Bd. IV S. 241 fg. (für die vorliegende Frage schlagen theilweise ein die Ausführungen S. 242 bis 254 und Bd. VI. S. 184—187.

Vierhaus (Landrichter in Berlin): die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Civilprozeßrechts, in Busch's ang. Zeitschrift Bd. V S. 57 fg., insbes. unter No. X Seite 87—91.

Brückner (Oberlandesgerichtsrath in Jena): inwieweit ist nach der deutschen Civilprozeßordnung in der Berufungsinstanz bei mangelhaftem Thatbestand des angefochtenen Urtheils, insbesondere bei allzu summarischer Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze, eine Zurückweisung der Sache in die erste Instanz geboten und zulässig?, in derselben Zeitschrift Bd. V S. 409—417.

Einzelne auf den Thatbestand bezügliche Bemerkungen finden sich auch in den Schriften Rudolf's von Kräwel (siehe oben): Anleitung für die Referendarien zur Anfertigung der die mündliche Verhandlung vorbereitenden Berichte (Berlin 1882) und

Kroll's (Landgerichtsrath in Breslau): die Urtheile und Vota im Civilprozeß. Eine Anleitung zur Anfertigung derselben nebst einigen Mustern zu Urtheilen und Beschlüssen (Breslau 1882).

Nachdem gegenwärtige Schrift zum größten Theile bereits zum Abschlusse gediehen war, kamen dem Verfasser „die Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen" von Dr. Otto Bähr zur Kenntnis. In diesen Besprechungen wird unter No. XXIV S. 207—242 auch die Lehre vom Thatbestande des Urtheils behandelt. Soweit dies noch geschehen konnte, sind die Ausführungen des Herrn Verfassers mit in den Kreis der gegenwärtigen Darstellung gezogen worden. Dagegen konnte die Abhandlung des Senats-Präsident Rocholl in Breslau: „über Bedeutung, Inhalt und Form des Thatbestandes im Civilurtheile" (in der „Juristischen Wochenschrift," Jahrgang 1883. No. 19—21. Seite 145 fg.), da dieselbe dem Verf. erst während der Druck=

legung seiner Schrift bekannt geworden, hier nur in einigen Nebenpunkten kurz berührt werden.

Entscheidungen des Reichsgerichts und anderer deutscher Gerichtshöfe [1]).

1. Urtheil des I. Civ.-Senats vom 29. September 1880, abgedruckt in den Entscheidungen dieses Gerichtshofes Bd. II No. 110 S. 394—397, sowie in Wengler's Archiv für civilrechtliche Entscheidungen der Sächsischen Justizbehörden. Neue Folge II. Bd. (1881) S. 183, sowie in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 36 (N. F. Bd. XVI) No. 158 und in Fenner u. Mecke's Archiv für civilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. II No. 19 S. 30 f. S. noch Bähr S. 215 f. unter 13 (Preußische Sache).
2. U. des I. Civ.-S. v. 10. Mai 1880. Entsch. II No. 99 S. 371, verb. mit No. 38 S. 143—144; Wengler's Archiv 1881 S. 181 (Hamburgische Sache); s. auch Bähr S. 214 unter 11.
3. U. des II. Civ.-S. vom 26. Okt. 1880. Entsch. II S. 401—403, Wengler's Archiv 1881 S. 182, Seuffert's Archiv Bd. 36 No. 161, Fenner und Mecke, Archiv II No. 7 S. 14, Bähr S. 220 unter 19 (Bayerische Sache).
4. U. des III. Civ.-S. vom 8. Okt. 1880. Entsch. II No. 117 S. 404—408, Wengler's Archiv 1881 S. 183, 184, Seuffert's Archiv Bd. 36 No. 160; auch abgedruckt in den Abhandlungen v. Streich's, bei Gruchot a. a. O. S. 252—253, und im Württ. Gbl. a. a. O. S. 182. 183, und in Bödiker: Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart I. Bd. S. 170 Anm. 1; vgl. noch Bähr S. 208 unter 4 (Hessische Sache).
5. U. des III. Civ.-S. vom 23. Nov. 1880. Entsch. II No. 123 S. 422—424, Wengler's Archiv 1881 S. 184—185, Seuffert's Archiv Bd. 36 No. 159, Blum und Braun: Annalen des Reichsgerichts III. Bd. S. 101, Bödiker: Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart I. Bd. S. 170 Anm. 2, theilweise mitgetheilt in der Abh. von Streich's, bei Gruchot Bd. XXVI S. 246 f. Siehe auch Fenner und Mecke, Archiv II No. 18 S. 28 f. S. auch bei Bähr S. 210 unter 6 (Schleswig'sche Sache).

---

[1]) Auf den Inhalt aller dieser Entscheidungen wird weiter unten bei den einschlagenden einzelnen Fragen zurückgekommen werden.

6. U. des I. Civ.=S. vom 3. Mai 1880, als unter diesem Datum ergangen bei v. Streich (Gruchot XXVI S. 244 f.) abgedruckt, allein anscheinend identisch mit dem in den Entsch Bd. II No. 110 S. 394 f. mitgetheilten Urtheile desselben Senats vom 29. Sept. 1880 (Preußische Sache).
7. U. des I. Civ.=S. vom 16. Juni 1880 in Fenner und Mecke's Archiv für civilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts I. Band No. 69 S. 122 f. (Hamb. Sache) (vgl. aber auch unten No. 23).
8. U. des III. Civ.=S. vom 4. Mai 1880 bei Seuffert Bd. 36 (N. F. VI) No. 85, theilweise auch bei Bödiker a. a. O. S. 171 Anm. 3, Fenner und Mecke, Archiv I S. 228 f. No. 131; Bähr S. 207 unter 1 (Preußische Sache).
9. U. des III. Civ.=S. vom 3. Dec. 1880. Seuffert's Archiv Bd. 36 (N. F. VI) No. 241.
10. U. des III. Civ.=S. vom 5. Okt. 1880. Seuffert's Archiv Bd. 36 (N. F. VI) No. 238, Fenner und Mecke, Archiv für civilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts II. Bd. S. 32 (Hann. Sache).
11. U. des III. Civ.=S. vom 29. Juni 1880 in Fenner und Mecke's Archiv I No. 134 S. 232, Bähr S. 207 unter 2.
12. U. des III. Civ.=S. vom 29. Okt. 1880, ebend. II No. 17 S. 27 f.
13. U. des III. Civ.=S. vom 27. Dec. 1880 in Fenner und Mecke's Archiv II No. 88 S. 155; vgl. auch bei Bähr S. 212 unter 7.
14. U. des III. Civ=S. vom 5. Okt. 1880 bei Bähr S. 208 unter 3 (anscheinend identisch mit dem Urtheile unter No. 10).
15. U. des I. Civ.=S. vom 9. Februar 1881. Entsch. III No. 20 S. 64—67, insbes. S. 66, Bähr S. 216 unter 14 (Hamb. Sache).
16. U. des I. Civ=S. vom 21. Mai 1881. Entsch. IV No. 53 S. 185. 433; vgl. auch Bähr S. 217 unter 16 (Hamb. Sache).
17. U. des I. Civ.=S. vom 28. Mai 1881. Entsch. IV No. 126 S. 431, Blum: Annalen IV S. 78, Bähr S. 218 f. unter 17 (Hamb. Sache).
18. U. des I. Civ.=S. vom 30. April 1881. Entsch. IV No. 120 S. 418, Blum: Annalen III S. 630 f., Fenner und Mecke, Archiv II No. 198 S. 362 f., Bähr S. 216 f. unter 15 (Hamb. Sache).
19. U. des I. Civ.=S. vom 16. März 1881. Entsch. IV No. 123 S. 428, Blum: Annalen III S 425, Seuffert's Archiv Bd. 37 (N. F. VII) No. 76, Wallmann: deutsche Juristenzeitung V. Bd. (1881) S. 508 (Hamb. Sache).

20. U. des I. Civ.=S. vom 23. Juni 1881. Entsch. V No 115 S. 403, s. auch Bähr S. 219 unter 18 (Hamb. Sache).
21. U. des I. Civ.=S. vom 14. Dec. 1881. Entsch. VI No. 104 S. 350 (Preußische Sache).
22. U. des I. Civ.-S. vom 1. Oct. 1881. Blum: Annalen IV S. 429.
23. U. des I. Civ.=S. vom 16. Juni 1880. Wallmann: deutsche Juristenzeitung IV (1880) S. 563; vgl. noch Bähr S. 215 unter 12 (anscheinend identisch mit dem Urtheil oben unter No. 7).
24. U. des II. Civ.=S. vom 11. Jan. 1881. Wallmann V (1881) S. 408, Wengler's Archiv Jahrg. 1881 S. 145 f., Fenner und Mecke, Archiv II No. 96 S. 164; vgl. auch Bähr S. 220 f. unter 20 (Sächsische Sache).
25. U. des III. Civ.=S. vom 25. Januar 1881. Entsch. IV No. 102 S. 368 und Bähr S. 213 unter 8 (Thüring. Sache).
26. U. des III. Civ.=S. vom 20. Mai 1881. Blum: Annalen IV S. 78, Wallmann: Juristenzeitung V (1881) S. 747.
27. U. des IV. Civ.=S. vom 30. Mai 1881. Gruchot (Rassow=Küntzel) Beiträge Bd. XXVI S. 737, Wallmann a. a. O. S. 746.
28 U. des IV. Civ.=S. vom 30. Mai 1881. Gruchot XXVI S. 126 (Preuß Sache).
29. U. des IV. Civ.=S. vom 16. Sept. 1880. Fenner und Mecke: Archiv II No. 20 S. 31, auch angezogen bei Bähr: Urtheile S. 210 unter 5, welcher dabei zugleich ein damit konforme Grundsätze aussprechendes Urtheil vom 29. Oct. 1880 anführt (Preuß. Sache).
30. U. des III. Civ.=S. vom 1. März 1881 in Fenner und Mecke: Archiv II No. 246 S. 432 f.; vgl. auch Bähr S. 213 unter 9 (Braunschweigische Rechtssache).
31. U. des III. Civ.=S. vom 14. Febr. 1882. Fenner und Mecke III No. 100 S. 178 f.
32. U. des III. Civ.=S. vom 5. Mai 1882. Fenner und Mecke III No. 213 S. 383.
33. U. des IV. Civ.=S. vom 24. Oct. 1881. Gruchot XXVI S. 1164, Wallmann VI S. 393 (Preuß. Sache).
34. U. des IV. Civ.=S. vom 26. Jan. 1882. Gruchot XXVI S. 1165 (Preuß. Sache).
35. U. des IV. Civ.=S. vom 12. Mai 1881. Wallmann V S. 680 f.

36. U. des I. Civ.=S. vom 12. Februar 1881. Entsch. III No. 127 S. 433, Bödiker I S. 171 Anm. 4 (Hamb. Sache).

37. U. des IV. Civ.=S. vom 17. April 1882. Wallmann VII (1883) S. 92 f.

38. U. des V. Civ.=S. vom 8. März 1882. Gruchot XXVI S. 1163 (Preuß. Sache).

39. U. des V. Civ.=S. vom 3. Dec. 1881. Wallmann VI (1882) S. 571.

40. U. des V. Civ.=S. vom 4. Mai 1881. Seuffert's Archiv Bd. 36 (N. F. VI) No. 304, Fenner und Mecke, Archiv II No. 217 S. 393.

41. U. des V. Civ.=S. vom 18. Jan. 1882. Seuffert's Archiv Bd. 37 (N. F. VII) No. 346.

42. U. des Oberlandesgerichts Jena vom 28. März 1881. Wallmann VII (1883) S. 76 fg.

43. U. des Oberlandesgerichts Braunschweig I. Sen vom 9. Mai 1881. Seuffert's Archiv Bd. 37 (N. F. VII) No. 262.

44. U. des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Februar 1881 bei Bödiker I S. 169.

45. U. des II. Civ.=S. des Reichsgerichts vom 10. April 1883 in der Juristischen Zeitschrift für Elsaß=Lothringen von Puchelt und Duy. VIII. Jahrg. 5. Heft (1883) S. 195, insbes. S. 197.

46. U. des Oberlandesgerichts Dresden (I. Civ.=S.) vom 10. Juni 1881 in dessen Annalen Bd. III S. 67 fg.

47. In gewisser Beziehung auch U. des Reichsg. I. Civ.=S. vom 5. Nov. 1881. Entsch. V S. 397 f. und vom 20. Dec. 1882 in der „Jur. Wochenschrift 1883 S. 76 unter 9.

Da alle diese Entscheidungen in verschiedenen Sammlungen, bez wiederholten Abdruck gefunden haben, so erschien es angezeigt, zur Erleichterung der Citirmethode und zur Vermeidung von Wiederholungen dieselben so, wie vorstehend ersichtlich, zusammenzustellen. Bei den künftigen Allegaten wird daher eine Verweisung auf obige Zusammenstellung genügen.

§. 3.

Materielle und prozessuale Bedeutung des Thatbestandes. Folgen seines gänzlichen oder theilweisen Mangels.

Während nach dem auf dem Grundsatze der Schriftlichkeit beruhenden Prozesse, wie er früher in Deutschland vorherrschend war, nur dasjenige Material, welches — sei es durch Protokoll, sei es durch Schriftsatz — zu den Akten gelangte, als vorgebracht und verhandelt gilt, erfolgt bei dem auf das Prinzip der Mündlichkeit basirten Civilprozesse die Entscheidung auf Grund des mündlich und vor dem erkennenden Richter selbst Vorgebrachten; nur das solchergestalt mündlich Verhandelte darf — nach der prinzipiellen Auffassung des Gesetzes — bei der Urtheilsfällung berücksichtigt werden. Auch die Schriftsätze kommen darnach nur insoweit in Betracht, als ihr Inhalt mündlich wiederholt wird.

Das gesprochene Wort hat indessen als solches keine objectiv erkennbare Existenz; es lebt nur im Geiste und in der Erinnerung derer fort, die es gehört haben und würde, nach mehr oder minder kurzer Zeit abblassen und zu existiren aufhören [1]). Es muß daher das mündlich Verhandelte fixirt, dauernd festgestellt werden, um einestheils den Parteien eine Bürgschaft und Kontrole für die richtige Auffassung ihrer Worte Seiten des entscheidenden Richters zu gewähren, andererseits aber auch dem höheren Richter die Füglichkeit zu verschaffen, Kenntnis von dem früher Verhandelten zu erlangen.

Die Fixirung des mündlichen Vorbringens durch das Sitzungsprotokoll würde zwar die sicherste Garantie bieten gegen eine unvollständige und irrige Auffassung des Verhandelten Seiten des Richters. Allein die Rücksicht darauf, daß ein solches Protokolliren nothwendiger Weise den Gang der mündlichen Verhandlung verschleppen und die Zeit der Richter wie der Parteien, bez. der Anwälte zum Nachtheil des übrigen Geschäftsganges in Anspruch nehmen müßte, hat den Gesetzgeber bewogen, das Sitzungsprotokoll nur für gewisse Feststellungen auszuersehen [2]). Im Uebrigen hat das Gesetz die Fixirung des gesammten Parteivorbringens im sogenannten Thatbestande des Urtheils der alleinigen Thätigkeit des Gerichtes auf Grund seines — durch die Schrift-

---

[1]) vgl. Plathner in den Verhandlungen des neunten deutschen Juristentages II. Band S. 91. S. auch Stahl im Archiv für civil. Praxis Bd. 55. Neue Folge Bd. V (1872) S. 223 f., insbes. S. 228.

[2]) vgl. Reichs-CPO. §§. 145—150, in Verbindung mit den in §§. 128. 269. 270. 284. 285. 380. 384. 470. 151 enthaltenen Ergänzungsvorschriften.

sätze und etwaige eigene Aufzeichnungen unterstützten — Gedächtnisses überlassen.

Der Zweck und die materielle Bedeutung des Thatbestandes ergiebt sich hieraus von selbst.

Durch den Thatbestand soll festgestellt werden, was nach der Auffassung des Richters von den Parteien thatsächlich zur Unterstützung ihrer Anträge mündlich vorgebracht worden ist und welche rechtlichen Folgerungen der Richter bei Fällung seines Urtheils nach dem Verlangen der Parteien ziehen soll [3]).

Für die laufende Instanz, welche durch das Urtheil abgeschlossen wird, bildet der Thatbestand die alleinige faktische Unterlage des darauf gebauten Urtheils. Denn er liefert nach § 285 CPO. rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis, welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann; für den in höherer Instanz erkennenden Richter gewährt er zugleich die alleinige Füglichkeit, die Richtigkeit des ihm devolvirten Urtheils zu prüfen. Der Thatbestand bildet daher das „thatsächliche Korrelat für die rechtliche Entscheidung; er stellt sich als die Grundlage oder auch als die Prämisse dar, aus welcher die rechtlichen Konklusionen des Urtheils gezogen sind [4])."

Die hohe Bedeutung des Thatbestandes insbesondere für die Revisionsinstanz ist weiter unten zu erörtern [5]).

Uebrigens beschränkt das Gesetz die Nothwendigkeit der Darstellung des Thatbestandes auf die eigentlichen Urtheile; es gelten aber insoweit die Vorschriften der §§. 284 und 285 für alle Arten von Urtheilen, für End-

---

[3]) vgl. Bretschneider an dem in §. 2 oben angeführten Orte S. 357.

[4]) vgl. von Streich bei Gruchot XXVI S. 240. Auch Endemann, Komm. II. Bd. S. 117 bemerkt: „Der Zweck des Thatbestandes ist, vom Gericht selbst konstatirt, zu sehen, wie es das Resultat der mündlichen Verhandlung aufgefaßt und seiner rechtlichen Beurtheilung untergelegt hat. Aus dem Thatbestand läßt sich mithin erkennen, wieweit das Gericht, um vollständig zu sein, erkennen mußte (§. 292) und inwieweit wegen mangelhafter Auffassung der Thatsachen oder unrichtiger Beurtheilung derselben Grund zur Erhebung von Rechtsmitteln und zur Abänderung des Urtheils in höherer Instanz geboten ist. Wenn namentlich die Basis für die Beurtheilung in der Rechtsmittelinstanz gewonnen werden soll, muß das Gericht stets einen vollständigen Thatbestand der vor ihm stattgehabten Verhandlung liefern; auch dann, wenn es für seine Dezisive unmittelbar nur einen einzelnen seiner Ansicht nach durchschlagenden Punkt herausgreift. Denn das Gericht hat sich zu sagen, daß bei der abweichenden Beurtheilung in höherer Instanz möglicherweise auch der übrige Inhalt der Verhandlung erheblich wird." S. unten §. 9.

[5]) vgl. §. 3 bei Anm. 27.

urtheile, wie für Zwischenurtheile, für bedingte und unbedingte Urtheile, für kontradiktorische und Versäumnisurtheile, mit der Maßgabe indessen, daß, soweit der Prozeßstoff bereits durch ein Zwischenurtheil oder ein bedingtes Endurtheil erledigt worden ist, es einer Wiederholung des zum früheren Urtheil gehörigen Sachverhaltes in dem nachfolgenden Urtheil nicht bedarf. Dagegen leiden jene Vorschriften keine Anwendung auf Beschlüsse oder prozeßleitende Verfügungen [6]). Denn wenn schon auch bei diesen eine Erzählung des dem Gerichte mündlich vorgetragenen Sach- und Streitstandes nicht ausgeschlossen ist, so ist dieselbe doch nicht als Thatbestand im Sinne des Gesetzes anzusehen.

Muß, wie nach dem oben Gesagten keiner weiteren Begründung bedarf, bei der Anfertigung des Thatbestandes mit der größten Sorgfalt und Umsicht zu Werke gegangen werden, so legt sich damit zugleich die Frage nahe, welche Folgen dem Umstande beizulegen sind, daß der Thatbestand des Urtheils in der einen oder anderen Beziehung als mangelhaft sich erweiset. Speziell stellt sich die Frage dahin: ist der gänzliche Mangel eines Thatbestandes oder die ungenügende Darstellung des letzteren geeignet, die Nichtigkeit des Verfahrens herbeizuführen, bez. einen Revisionsgrund abzugeben?

Zweckmäßig ist hierbei das Verfahren in der Berufungsinstanz von dem Verfahren in der Revisionsinstanz zu trennen.

Die hierbei einschlagenden Vorschriften der CPO. sind folgende:

§. 501: „Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urtheils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen".

---

[6]) vgl. auch Seuffert: Bemerk. 1 zu §. 284 S. 369 2. Ausg. Petersen, S. 478. 480 der 2. Ausg. von Bülow (Halle) in Busch's Zeitschrift IV S. 334, welcher ausführt, daß von einem Thatbestande im Sinne des Gesetzes selbst bei denjenigen Beschlüssen nicht die Rede sein könne, welche den Gegenstand de mündlichen Verhandlung voll erledigen, wie bei den Kostenfestsetzungsbescheiden, falls diese nach mündlichem Gehör der Parteien erlassen werden (§. 99) und überhaupt bei allen denjenigen Beschlüssen, welche vom Gericht in den Fällen der sog. fakultativen mündlichen Verhandlung ertheilt werden. Dagegen ist die Darstellung des Thatbestandes auch erforderlich bei den auf Grund mündlicher Verhandlung vor dem Amtsgerichte erlassenen Urtheilen, bei welcher das Gericht gemäs §. 470 die Anträge und Erklärungen der Parteien zu Protokoll fixiren läßt, obschon in diesen Fällen die materielle Bedeutung des Thatbestandes gegenüber dem Inhalt des allein beweiskräftigen Protokolls zurücktritt und daher statt des Thatbestandes die Bezugnahme auf den Inhalt des Protokolls genügen wird. Vgl. v. Bülow a. a. O. S. 334.

§. 511: „Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, beruhe".

§. 512: „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist".

§. 513: „Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes anzusehen:

7) wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist" [7]).

Der Gesetzgeber hat, wie auch in den Motiven [8]) hervorgehoben ist, in §. 501 von jeder Spezialisirung in der Richtung abgesehen, welche Mängel des Verfahrens als wesentliche anzusehen sind; in den Motiven wird lediglich auf die Fälle des §. 513 als Beispiele verwiesen. Auch der Begriff eines wesentlichen Mangels findet sich in §. 501 nicht definirt. Es entscheidet daher das Ermessen des Gerichts, ob im einzelnen Falle ein Mangel als ein wesentlicher anzusehen ist. Als Anhaltspunkte dienen hierbei die in §. 513 aufgeführten Fälle, welche — mit Rücksicht darauf, daß sie unbedingt als Revisionsgründe bezeichnet sind, auch als wesentliche Mängel im Sinne des §. 501 aufzufassen sein werden. Es können außerdem auch noch andere Mängel des Verfahrens als wesentliche im Sinne des Gesetzes in Betracht kommen, vorausgesetzt, daß ein Causalzusammenhang zwischen Verletzung und Entscheidung anzunehmen ist [9]). Als kausal für die Entscheidung wird aber die Verletzung der Prozeßrechtsnorm dann anzusehen sein, wenn ohne die Verletzung die Entscheidung nicht hätte so ergehen können, wie sie ergangen ist [10]).

Ein Verstoß gegen bloße instruktionelle Vorschriften könnte einen wesentlichen Mangel des Verfahrens nicht begründen [11]). Daß die den Thatbestand des Urtheils betreffenden Vorschriften der Civilprozeßordnung rein instruktio-

---

[7]) Die übrigen in §. 513 unter 1. bis 6. aufgeführten Mängel des Verfahrens schlagen hier nicht ein.

[8]) Mot. S 311. Hahn, II. Bd. I. Abth. S. 360.

[9]) vgl. Seuffert: Komm. Bemerk. zu §. 501 S. 607 (Ed. II). Struckmann und Koch: zu §. 501 S. 537 (4. Ausg.). Gaupp: S. 328 zu §. 501

[10]) vgl. Seuffert a. a. O.

[11]) Dies ist in der CPO. durch das Wort „soll" regelmäßig angedeutet. Beispiele dieser Art enthalten die §§. 121—124. 230 Abs. 3. 4 §. 480. Indessen genügt andererseits die Unbedingtheit der Vorschrift „muß" nicht, um einen vorhandenen Mangel als einen wesentlichen ansehen zu können; vielmehr wird wie oben im Texte bemerkt worden, vorausgesetzt, daß der Mangel für das zu erlassende Urtheil wesentlich ist. Vgl. auch Gaupp: zu §. 501 S. 328.

neller Natur seien, läßt sich indessen gegenüber der präceptiven Fassung des §. 284:

das Urtheil enthält eine gedrängte Darstellung 2c.

mit Grund nicht behaupten. Gleichwohl hat auch jene Ansicht Vertheidigung gefunden. Insbesondere wird von Stegemann[12]) lediglich die Vorschrift, daß das Urtheil einen Thatbestand enthalte, für eine wesentliche in dem Sinne erklärt, daß ein Urtheil ohne Thatbestand an einem wesentlichen Mangel leide, während nach Ansicht Stegemann's alle anderen, den Thatbestand betreffenden Vorschriften des §. 284 nur eine instruktionelle Bedeutung haben. Er folgert hieraus weiter, daß im einzelnen Falle lediglich das richterliche Ermessen darüber zu befinden habe, ob und in welchem Umfange eine Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze und die protokollarischen Feststellungen eintreten solle, und daß daher, wenn der Richter von der ihm ertheilten Ermächtigung Gebrauch mache, niemals ein wesentlicher Mangel des Verfahrens hieraus entstehen könne; denn: indem das Gesetz die Art und Weise, wie der Thatbestand zu geben sei, der Wahl des Richters anheimstelle, bringe es so deutlich als möglich zum Ausdruck, daß es jene Art und Weise zu den Wesentlichkeiten des Prozesses nicht zähle. Ein Thatbestand mit folgender Fassung:

„in Betreff des Thatbestandes wird auf die Klag- und Gegenanträge Bezug genommen"

müsse daher — nach Ansicht Stegemann's — genügen; denn derselbe enthalte die Bezeugung, daß in der mündlichen Verhandlung diejenigen Thatsachen vorgetragen und diejenigen Anträge gestellt worden seien, welche in den beiden allegirten Schriftstücken ihren schriftlichen Ausdruck gefunden haben. Ein solcher Thatbestand mache sowohl in Rücksicht auf die Rechtskraft, als in Rücksicht auf die Nachprüfung in der Rechtsmittelinstanz erkennbar, worüber erkannt ist und derselbe erfülle somit seinen Zweck, sowie das Wesen der Sache. Allerdings würde — so bemerkt Stegemann weiter — der Richter in sehr vielen Fällen im Geiste der instruktionellen Vorschriften des §. 284 richtiger verfahren, wenn er statt jener Bezugnahme auf die Schriftsätze der Parteien eine selbständige Ausarbeitung liefert; aber ein Urtheil mit dem obigen (von Stegemann für ausreichend bezeichneten) Thatbestande leide ebensowenig an einem wesentlichen Mangel, wie ein Urtheil, in welchem statt einer gedrängten eine weitläufige und breitspurige Darstellung des Sach- und Streitstandes gegeben sei; in beiden Fällen handle es sich lediglich um die Redaktion, also um eine Unwesentlichkeit.

---

[12]) a. a. O. S. 166 f. (vgl. oben §. 2).

Diese Ansicht steht indessen vereinzelt da. Die Mehrzahl der Commentatoren und Schriftsteller über den vorliegenden Gegenstand nehmen vielmehr konform an, daß nicht allein der gänzliche Mangel eines Thatbestandes, sondern unter Umständen auch schon seine mangelhafte Beschaffenheit einen Revisionsgrund bez. einen Grund zur Aufhebung des Verfahrens für die Berufungsinstanz abgebe.

In dem Commentar von Wilmovski's und Levy's ist bemerkt [13]):

„das blose Fehlen des Thatbestandes enthält zwar eine Gesetzesverletzung, (gegen §. 284. No. 3), aber an sich keine solche, welche sich mit dem Fehlen der Gründe unter allen Umständen deckt. Die letzteren müssen so beschaffen sein, daß sich daraus erkennen läßt, aus welchen thatsächlichen und rechtlichen Gründen das Urtheil aufgebaut ist, und wenn in dieser Beziehung die „Entscheidungsgründe" den erforderlichen Aufschluß geben, so schadet der Mangel des eigentlichen Thatbestandes nicht."

Struckmann und Koch führen aus [14]):

„Auf den Thatbestand kann die Nr. 7 (des §. 513) nicht bezogen werden. Dagegen sprechen die Wortfassung („mit Gründen"), welche mit dem Ausdrucke „Entscheidungsgründen" (§§. 282. 284. No. 4. 404. 526) offenbar gleichbedeutend ist und wie dieser den Gegensatz zum „Thatbestand" (§§. 284. No. 5. 285. 291. 292) bildet und die Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Die Quelle der letzteren ist das französische Recht. Der Nichtigkeitsgrund des défaut de motifs aber kann sich schon deshalb nicht auf den Mangel des Thatbestandes beziehen, weil die Qualitäten nicht von dem Gericht, sondern von den Parteien angefertigt werden. Auch würde eine derartige Ausdehnung bei einer strengen Durchführung der No. 7 zu großen praktischen Unzuträglichkeiten führen. Nur nach §. 516 No. 3, bez. §. 524, wenn nämlich die Entscheidung auf dem Mangel beruht, ist hier die Möglichkeit der Revision gegeben".

Puchelt [15]) will dagegen den Fall der No. 7 in §. 513 CPO. nicht auf die Entscheidungsgründe des Urtheils (§. 284 No. 4) beschränkt wissen, sondern er bezieht jene Nummer auch auf den Thatbestand des Urtheils und weist zur Widerlegung des Einwandes, daß der Thatbestand nicht zu den Grün-

---

[13]) Bem. zu §. 513 unter 9. S. 609 Ed. II.

[14]) Bem. 10 zu §. 513 S. 559 der 4. Auflage.

[15]) Zu §§. 511—513 II. Bd. S. 365 unter 16.

den gehöre, darauf hin, daß der Thatbestand die thatsächliche Grundlage für die rechtliche Beurtheilung des Falles und mit den Entscheidungsgründen verbunden die Motive des Urtheils bilde [16]). Er legt dabei noch besonderes Gewicht auf den Umstand, daß das Gesetz bei der Fassung der No. 7 in §. 513 („mit Gründen") absichtlich von den anderen Entwürfen (der Preuß. Entw. §. 462 No. 7 und ebenso der Norddeutsche Entwurf §. 854 No. 5 sprechen von „Entscheidungsgründen") abgewichen sei und sich in §. 526 CPO. der Ausdruck „Entscheidungsgründe" finde.

Endemann [17]) sagt:

„Was die Verletzung der Vorschriften des §. 284 anlangt, so erklärt §. 513 No. 7 den Mangel von Entscheidungsgründen für einen Revisionsgrund. Daß Mangel der übrigen Erfordernisse (No. 1—3. 5 in §. 284) nicht durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, erhellt aus §. 542. Es läßt sich also vollends nicht etwa annehmen, daß ein Urtheil, das nach §. 284 einen Mangel enthält, gar kein Urtheil im Rechtssinne sei. Andererseits sind aber zweifellos die Erfordernisse des §. 284 nicht blos instruktionell gemeint. Von der Möglichkeit einer Berichtigung handeln die §§. 290. 291. nur in bestimmter Richtung. Immerhin wird man nicht umhin können anzunehmen, daß wegen dieses oder jenes Mangels das angebliche Urtheil gar nicht als Urtheil zu gelten vermag, also überhaupt rechtlich nicht existirt."

---

[16]) Daraus indessen, daß der Thatbestand die thatsächliche Unterlage für die rechtliche Beurtheilung des Falles bildet, ist, wie bereits von Struckmann und Koch a. a. O. (Anm. 10 S. 559) mit Recht eingehalten worden ist, nicht zu folgern, daß der Thatbestand einen Theil der Motive (Gründe), d. h. der richterlichen Erwägung ausmacht, für welche er nur die gegebene Unterlage ist. Puchelt a. a. O. bemerkt noch, daß der Revisionsgrund der Nr. 7 als défaut de motifs ein Kassationsmittel des französischen Rechtes und insofern von zweifelhaftem Werthe sei, als damit dem richterlichen Ermessen ein großer Spielraum gegeben werde und nicht der blose gänzliche Mangel von Gründen, sondern auch deren Lückenhaftigkeit, Oberflächlichkeit, Dunkelheit oder innerer Widerspruch in Betracht komme. Auch citirt derselbe Entscheidungen des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts über den Kassationsgrund des défaut de motifs nach Französischem Rechte, aus denen sich zweifellos ergeben soll, daß ein Mangel im Thatbestande des Urtheils (in den sog. Urtheilsqualitäten) als défaut de motifs gelte und daß der Thatbestand und Entscheidungsgründe aus einander ergänzt werden dürfen.

[17]) Bd. II S. 119.

Hellmann[18]):

„Der Thatbestand ist etwas von den Gründen gänzlich Verschiedenes, wenn sich gleich diese auf ihn beziehen müssen. Darum gehört Mangel des Thatbestandes nicht unter Ziffer 7."

Von Bülow[19]):

„Der Mangel einer gehörigen Feststellung der Thatsachen kann ein Revisionsgrund sein; denn die Rechtsnorm, wonach der Thatbestand eine Darstellung des Sach- und Streitstandes enthalten muß (§. 284 No. 3), ist verletzt."

Gaupp[20]):

„Der Mangel des Thatbestandes begründet einen absoluten Revisionsgrund nicht. Darüber kann nach dem Wortlaute des Gesetzes, welches die Gründe, oder, was gleichbedeutend ist, die Entscheidungsgründe (§§. 282. 284 No. 4. 526) dem Thatbestande des Urtheils (§§. 284. No. 3. 5, 285. 291. 292) ausdrücklich entgegensetzt, wie nach den Motiven ein Zweifel nicht bestehen. Der Thatbestand ist zwar ein wesentlicher Theil des Urtheils und wenn es dem Urtheil erster Instanz an einem solchen fehlt, so kann der Berufungsrichter nach §. 501 verfahren; fehlt er dagegen in dem Urtheile der Berufungsinstanz, so kann nur nach §§. 511 und 512 die Revision auf den Mangel gegründet werden",

und weiter[21]):

„Die Verletzung einer Prozeßvorschrift liegt nicht nur bei irrthümlicher Auffassung der Rechtsnorm, sondern auch dann vor, wenn diese in Folge eines Uebersehens nicht zur Anwendung gebracht wurde, wie z. B. wenn es dem Urtheile an einem Thatbestande fehlt."

Petersen[22]):

„Die Nichtbeobachtung der in §. 284 enthaltenen Vorschrift über den Thatbestand ist kein unbedingter Revisionsgrund (§. 513). Es kommt vielmehr darauf an, ob die Entscheidung auf der Verletzung des Gesetzes beruht (§. 511).

Wenn es aber an einer Darlegung des Sach- und Streitstandes vollständig fehlt oder durch Widersprüche zwischen den im Thatbestande

---

[18]) Komm. II zu §. 513 unter 7. S. 450, mit Reprobirung der gegentheiligen Meinung Puchelts a. a. O.

[19]) Komm. Bem. 7 zu §. 512 S. 390 der zweiten Auflage.

[20]) Komm. II. Bd. zu §. 513 unter 7. S. 562

[21]) Zu §. 516 Bem. 2 S. 565.

[22]) Komm. 2. Ausg. S. 479 unter 2.

enthaltenen Angaben oder zwischen diesen und den in den Entscheidungsgründen aufgestellten Behauptungen an einer thatsächlichen Unterlage für die Beurtheilung fehlt, so kann das Urtheil aufgehoben werden und zwar von Amtswegen.

Dies kann nicht blos in der Revisionsinstanz, sondern auch in der Berufungsinstanz geschehen (§. 501)."

Seuffert [23]):

„Der Mangel eines Thatbestandes ist natürlich Gesetzesverletzung, aber kein absoluter Revisionsgrund im Sinne des §. 513. Dieser Mangel begründet also nur die Revision, wenn das Revisionsgericht den Mangel als kausal erachtet."

Die Ansicht, daß der gänzliche Mangel des Thatbestandes, beziehungsweise der Mangel eines vollständigen Thatbestandes im Urtheile einen Revisionsgrund abgeben, bez. zur Aufhebung des Verfahrens in der Berufungsinstanz dann führen könne, wenn durch diesen Mangel das Urtheil selbst unverständlich wird und sich nicht ohne Weiteres durch Heranziehung der Entscheidungsgründe oder des Sitzungsprotokolles beseitigen läßt, wird weiter auch vertreten von v. Bülow [24]), Bierhaus [25]) und Brückner [26]).

Vom Standpunkt der Revisionsinstanz kann dies auch nicht wohl bezweifelt werden, wenn man sich die Bedeutung vergegenwärtigt, welche der Thatbestand für diese Instanz hat. Da nach §. 524 CPO. für die Entscheidung des Revisionsgerichtes die im Berufungsurtheile festgestellten Thatsachen maßgebend sind, daher das Revisionsgericht an den ihm vorliegenden Thatbestand jenes Urtheils gebunden ist und, abgesehen von den in §. 516 No. 2 und 3 erwähnten Ausnahmefällen eine eigene Feststellung nicht vornehmen darf, so führt die Anwendung dieser Regel zu der nothwendigen Consequenz, daß ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechender Thatbestand des Berufungsurtheils für die Revisionsinstanz eine unentbehrliche Voraussetzung bildet und die Verletzung dieses Grundsatzes einen wesentlichen Mangel involvirt.

Sehr treffend wird dieß von einem Mitgliede des Reichsgerichtes selbst ausgeführt.

„Die in dem Berufungsurtheile enthaltene Feststellung ist unbedingt, in positiver wie in negativer Richtung, für den Revisionsrichter maßgebend.

---

[23]) Komm. Bem. 8 zu Nr. 7 des §. 513 S. 635 der zweiten Auflage.

[24]) in Busch's Zeitschrift Bd. 4 S. 337.

[25]) in der ang. Zeitschrift V S. 88 f.

[26]) ebendas. V S. 413 f. Uebereinstimmend ist der Sache nach auch Erythropel: zur Lehre von der Revision, in der ang. Zeitschrift Bd. III S. 110 Anm. 1.

Der letztere hat nur dasjenige Sachverhältniß, welches festgestellt worden und nur so zu beachten', wie es festgestellt wurde. Ergiebt sich von diesem thatsächlichen Standpunkte aus eine Gesetzesverletzung, so ist die Aufhebung des angefochtenen Urtheils gerechtfertigt, aber letztere kann niemals durch eine Aenderung am Thatbestand der zweiten Instanz erreicht werden. Jeder Versuch, diesen Thatbestand in der mündlichen Verhandlung der Revisionsinstanz zu beschränken, positiv zu ändern oder durch Einführung neuer Thatsachen, auch wenn sie unbestritten wären, zu modifiziren, ist vom Revisionsrichter zurückzuweisen. Zwar kann der Revisionsrichter unter Umständen selbst zu einer thatsächlichen Feststellung in Absicht auf das Sachverhältniß in der Berufungsinstanz sich veranlaßt sehen. Dies alsdann, wenn der Thatbestand des angefochtenen Urtheils seinem Sinn nach in Zweifel gezogen wird. Aber indem der Revisionsrichter in solchem Falle diesen Thatbestand erläutert oder ergänzt, stellt er nur fest, was als wirklicher Inhalt der berufungsrichterlichen Feststellung zu gelten habe [27])."

In dieser Richtung bewegt sich denn auch die Judikatur des Reichsgerichtes. Aus derselben mögen hier hervorgehoben werden folgende Urtheile:

---

[27]) von Streich bei Gruchot XXV S. 241. Dagegen stellt sich Bähr a. a. O. S. 230 lediglich auf den Standpunkt des Urtheils des RG. vom 4. Mai 1880 (vgl. unten No. XIII bei Anm. 41); er hält die dort vom RG. — wie er sich ausdrückt „noch in erster Unbefangenheit" — ausgesprochenen Grundsätze für richtig. Da der Mangel des Thatbestandes nicht unter den Fällen des §. 513 aufgezählt sei, so könne dieser Mangel auch niemals an sich (als prozessualische Beschwerde), sondern immer nur als sachliche Beschwerde von den Parteien geltend gemacht werden. Darnach gebe es zunächst keine Aufhebung eines Erkenntnisses wegen mangelhaften Thatbestandes von Amtswegen, wie in der Entscheidung des RG. vom 8. Oktober 1880 (vgl. unten bei II Anm. 29) ausgesprochen sei. Auch der §. 501 könne für die Revisionsinstanz keine Anwendung finden, weil er nur für die Berufung gegeben, in §. 529 auch nicht mit herübergenommen sei Zu §. 501 bilde gerade der §. 513 den Gegensatz, indem er die Beschwerde wegen Nichtwahrung der essentialia processus in der Revisionsinstanz auf gewisse äußerste Fälle beschränkt. Die einzige Grundlage für die Anfechtung eines Urtheils wegen mangelhaften Thatbestandes sei hiernach der §. 516 No. 3. Es müsse erhellen, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen, welche für die Entscheidung von Bedeutung sind, festgestellt, übergangen, oder als vorgebracht angenommen sind. Vgl. Bähr a. a. O. S. 231.

I.

I. Civ.-S. vom 10. Mai 1880[28]).

Hier fehlte es im Berufungsurtheile an der genügenden Feststellung darüber, ob in concreto die vertragsmäßigen Bedingungen der Fälligkeit des Klaganspruchs bereits eingetreten seien. „Wie sich in dieser Beziehung die thatsächlichen Erklärungen der Parteien verhalten haben, war bei „der etwas dürftigen Abfassung" des Thatbestandes in den beiden vorigen Urtheilen nicht unzweifelhaft. Derjenige des jetzt angefochtenen Urtheils umfaßt bei Weitem nicht den ganzen Sach- und Streitstand: man muß daher annehmen, daß im Uebrigen stillschweigend auf den Thatbestand des landgerichtlichen Urtheis hat verwiesen werden sollen. Dieser nimmt aber im wesentlichen nur auf die vorbereitenden Schriftsätze und die Anlagen der Klage Bezug &c. &c. Es bedarf also in Ansehung dieses Punktes noch weiterer Verhandlung, weshalb die Sache an das Oberlandesgericht (OLG. Hamburg) zurückverwiesen werden muß."

II.

III. Civ.-S. vom 8. October 1880[29]).

Hier enthielt das Berufungsurtheil (OLG. Darmstadt) im Thatbestande nur die Berufungsanträge der Parteien und verwies im Uebrigen ausschließlich auf die „vorderen" schriftlichen Verhandlungen (die im alten Verfahren gewechselten Schriftsätze). Diese Verweisung wurde vom Revisionsgericht als ein wesentlicher Mangel im Sinne des §. 501 CPO. angesehen. Denn die von den streitenden Theilen bis zur mündlichen Verhandlung zweiter Instanz im alten Verfahren gewechselten Schriftsätze seien von erheblichem Umfange; es seien verschiedene Klagansprüche und Gegenforderungen erhoben, jene durchgängig, diese zum größten Theile bestritten, auch sei eine Reihe von Einreden geltend gemacht worden; weder das Urtheil erster Instanz, noch irgend ein Schriftsatz der Parteien gebe eine zusammenhängende Darstellung des Sachverhalts. Es könne nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, bei der Verhandlung der Sache in dritter Instanz an der Stelle des Berufungsgerichts die thatsächlichen Grundlagen für die Prüfung der Rechtsfrage zu ermitteln oder auch nur zu prüfen, ob die mündlichen Ausführungen der Parteien, soweit solche thatsächlicher Natur sind, den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze wieder geben. Auch die in der II^da zu den einzelnen Appellations-

[28]) vgl. oben §. 2 unter No. 2.
[29]) vgl. oben §. 2 unter No. 4.

beschwerden besonders hervorgehobenen Berufungsschriften bezögen sich wiederum, entsprechend dem früheren Prozeßrechte, auf die Akten erster Instanz, und sie setzten die Bekannschaft mit letzteren, sowie die Ergänzung aus solchen durch den Richter nothwendig voraus. Danach fehle es auch nach dieser Richtung an jedem sicheren Anhaltspunkte zur Entscheidung der Frage, was durch die Verweisung auf die vorbereitenden Schriftsätze als der aus dem mündlichen Vortrage der Parteien sich ergebende Thatbestand habe festgestellt werden sollen. Nicht zweifelhaft könne es daher erscheinen, „daß der hervorgehobene Mangel des Verfahrens von Amtswegen, selbst gegen den Willen und die übereinstimmenden Anträge der Parteien berücksichtigt und das Berufungsurtheil soviel es angefochten wird und der Mangel die Streitpunkte betrifft, aufgehoben werden muß."

III.

III. Civ.=S. vom 23. Nov. 1880 [30]).

Hier hatte das Berufungsurtheil die in der Berufungsinstanz gestellten Anträge hervorgehoben und auf den ganzen Inhalt des ersten Urtheils Bezug genommen. In dieser Ausdrucksweise fand das Reichsgericht die Bezugnahme auf den im erstinstanzlichen Urtheile enthaltenen Thatbestand und damit zugleich die Feststellung, daß die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte ein mit jenem Thatbestande übereinstimmendes Ergebniß geliefert habe. Eine wesentliche Verletzung des §. 284 Z. 3 fand es dagegen darin, daß die II^{da} (OLG. Kiel) in seinen Gründen eine Reihe von Thatumständen, welche in dem angezogenen erstinstanzlichen Thatbestande nicht erwähnt waren, in Betracht gezogen hatte, ohne festzustellen, was hierüber vor ihm verhandelt worden. Während also einerseits aus den Entscheidungsgründen der II^{da} sich ergebe, daß die Verhandlung in der Berufungsinstanz sich keineswegs blos auf das nach dem Thatbestande der ersten Instanz dort Vorgetragene beschränkt habe, sei andererseits die in der Berufungsinstanz über neue Thatsachen stattgehabte mündliche Verhandlung nicht festgestellt worden. Daß ein solcher Mangel des Thatbestandes eine Aufhebung des angefochtenen Urtheils und eine Zurückverweisung der Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung unvermeidlich mache, liege klar zu Tage, da es an der für die Entscheidung der Revisionsinstanz unentbehrlichen thatsächlichen Grundlage fehle.

Es wird zugleich in diesem Urtheil vom RG. ausdrücklich betont: „daß in der Vernachlässigung der Vorschrift in §. 284 Z. 3 eine die Revision be=

---

[30]) vgl. oben §. 2 unter No. 5.

gründende Gesetzesverletzung zu finden sei, folge, obschon dies in der CPO. §. 513 nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, doch mit Nothwendigkeit daraus, daß nach §. 524 der Revisionsrichter keine anderen Thatsachen berücksichtigen dürfe, als diejenigen, welche sich aus dem Thatbestande, bez. gemäs §. 285 aus der Berichtigung desselben durch das Sitzungsprotokoll ergeben und daß derselbe daher bei Ermangelung eines gehörigen Thatbestandes gar nicht im Stande sei, in der Sache selbst zu entscheiden.

IV.

I. Civ.=S. vom 21. Mai 1881 [31]).

Der Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils begann mit der Bemerkung, „derselbe ergiebt sich im allgemeinen aus den Akten"; hinzugefügt waren sodann einige Bemerkungen der Parteien über das eheliche Güterrecht, in welchem die klägerischen Eheleute leben und über das Oldenburger Recht bezüglich des Pfandrechts des Verpachters 2c. 2c. Im Thatbestande des zweiten Urtheils (OLG. Hamburg) wird auf den Thatbestand des ersten Urtheils Bezug genommen und noch erwähnt, daß 2c. 2c. Hier wurde vom RG. die Darstellung des Thatbestandes in beiden Urtheilen für ungenügend erachtet. Bei dem erstinstanzlichen Urtheile trete die Bezugnahme auf die Schriftsätze oder auf „die Akten" in unzulässiger Weise an die Stelle des Thatbestandes. An demselben Mangel leide aber das zweitinstanzliche Urtheil, indem es auf den Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils Bezug nehme, ohne die in diesem vorhandenen Lücken zu ergänzen. Auf diese Weise sei aus den Thatbeständen der Umfang dessen, was die Parteien mündlich vorgetragen, in den für das Streitverhältniß wesentlichsten Beziehungen nicht zu erkennen, der Revisionsrichter sei also auch nicht in der Lage, zu prüfen, ob das Gesetz auf den vorausgesetzten Sachverhalt richtig angewendet worden sei. Eine solche Prüfung würde in umfassender Weise nur erfolgen können, wenn der gesammte Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze herangezogen würde, aber es bliebe dann immer zweifelhaft, ob Umstände, welche für die Beurtheilung des Revisionsrichters von wesentlicher Bedeutung seien, so, wie sie in den vorbereitenden Schriftsätzen dargelegt, auch mündlich vorgetragen seien.

---

[31]) vgl. oben §. 2 unter No. 16.

V.

I. Civ.-S. vom 16. März 1881 [32]).

Gegen den hier vorliegenden Thatbestand des zweitinstanzlichen Urtheils (Hamburg) wurde — ohne eine hierauf bezügliche besondere Rüge der, die Revision einlegenden Partei — von der III^da die Ausstellung erhoben, daß in jenem Thatbestande die von den Parteien in der Berufungsinstanz gestellten Anträge unerwähnt geblieben seien, dieser Mangel indessen nicht als ein solcher bezeichnet, welcher nach §. 513 CPO. stets bewirke, daß die Entscheidung als auf einer Gesetzesverletzung beruhend erscheine, und im vorliegenden Falle beruhe die Entscheidung um so weniger auf diesem Verstoße, als die gestellten Anträge aus dem Protokolle ersichtlich seien. In einem ähnlichen Falle hat der IV. Civilsenat des RG. im Erk. vom 16. September 1880 (vgl. Fenner und Mecke: Archiv Bd. II No. 20 S. 31 fg. — vgl. oben §. 2 No. 29) die Frage, ob ein Mangel des Thatbestandes im Berufungsurtheile etwa darin zu finden sei, daß der Berufungsrichter in der Darstellung des Thatbestandes nicht auch die in II^da gestellten Parteianträge angeführt hatte, besonders um deswillen verneint, weil die in erster Instanz gestellten Anträge in der Hauptsache in der Berufungsinstanz nicht geändert worden waren, und der Revisionskläger in keiner Weise hatte behaupten können, daß er durch jenes Verfahren des Berufungsrichters irgend beschwert und in seiner Vertheidigung beziehungsweise seinem Angriffe wider die angefochtene Entscheidung beschränkt worden sei.

Im Erkenntniß vom 17. April 1882 hat der IV. Civilsenat ausgesprochen, es sei zwar nicht prozeßordnungsmäßig, daß der zweite Richter nicht die Anträge der Parteien in der Berufungsinstanz wiedergegeben habe. Allein eine Nichtigkeit lasse sich daraus nicht entnehmen, weil das Sitzungsprotokoll keinen Zweifel daran gestatte, daß die in den vorbereitenden Schriftsätzen enthaltenen Anträge auf Abänderung, bez. Bestätigung des ersten Erkenntnisses gestellt worden seien (vgl. oben §. 2 unter No. 37).

VI.

I. Civ.-S. vom 28. Mai 1881 [33]).

Während das OLG. (Hamburg) in seinem Urtheile in Ansehung des Thatbestandes im Wesentlichen nur auf das Urtheil des Landgerichts, die

---

32) vgl. oben §. 2 No. 19.

33) vgl. oben §. 2 unter No. 17.

vorbereitenden Schriftsätze, einschließlich der in einem früheren Prozesse zwischen den gegenwärtigen Parteien gewechselten, und das Sitzungsprotokoll verwiesen und nur wenige (für sich unverständliche) Bemerkungen zur Ergänzung hinzugefügt hatte, war auch vom Landgericht dafür nur auf die Schriftsätze der Parteien in dieser und der früheren Prozeßsache Bezug genommen.

Letzterer Thatbestand wurde in III^{a} für durchaus ungenügend erachtet. Wenn daher das OLG. keine Veranlassung gefunden habe, in Anwendung des §. 501 CPO. unter Aufhebung des landgerichtlichen Urtheils die Sache an die Prima zurückzuverweisen, damit von der Letzteren vorerst ein neues Urtheil mit gehörigem Thatbestande erlassen werde, so hätte es dann wenigstens selbst einen das ganze Sach- und Streitverhältniß darlegenden Thatbestand abfassen müssen.

VII.

II. Civ.-S. vom 11. Jan. 1881 [34]).

Gegen das Berufungsurtheil (OLG. Dresden) wurde vom RG. ausgestellt, daß ersteres einige Zweifel darüber offen lasse, welche Thatsachen in der Berufungsinstanz festgestellt und rechtlicher Beurtheilung unterworfen worden seien. „Der thatsächliche Inhalt der Klagbeilagen 1—8 ist theilweise von Belang für die Sachentscheidung. Inwieweit ihn aber die Berufungsklägerin vorgetragen hat, läßt sich aus dem vorigen Urtheile mit voller Bestimmtheit nicht entnehmen. Den Hinweis auf den Vortrag des landgerichtlichen Urtheils ergänzt diesen Mangel nicht, da letzteres selbst von einer der Vorschrift in §. 284 Abs. 1 No. 3 CPO. entsprechenden Darstellung des Sachverhältnisses absieht.“ (Gleichwohl wurde von Aufhebung des angefochtenen Urtheiles wegen Verletzung der nur erwähnten Prozeßvorschrift abgesehen, weil derselbe von der Revision einlegenden Partei nicht gerügt worden und daher um so unbedenklicher davon auszugehen sei, daß der im Thatbestande des Revisionsurtheils angegebene Sachverhalt der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterlegen habe.

Ferner ist in einem Urtheile des ersten Civilsenats vom 12. Februar 1881 (Entsch. Band III No. 127 S. 433) in einem Falle, wo der Thatbestand und die Gründe des Berufungsurtheils wörtlich also lauteten:

> „Unter Bezugnahme auf den Thatbestand des Urtheils (erster Instanz) und die Berufungsschrift der Klägerin und in Erwägung, daß den von der Klägerin nicht widerlegten Entscheidungsgründen der vorigen Instanz lediglich beizustimmen ist, wird (folgt die Urtheilsformel),“

---

[34]) vgl. oben §. 2 unter No. 24.

darauf Gewicht gelegt, daß eine gesetzwidrige Beschaffenheit des Thatbestandes nicht gerügt worden sei, ein solcher Mangel des Thatbestandes aber auch nach dem Schlußsatze des §. 284 CPO. nicht anzunehmen stehe

VIII.

I. Civ.=S. vom 14. Dec. 1881[35]).

Für ungenügend wurde das Verfahren des Berufungsrichters (Kammergericht Berlin) befunden, welcher auf den erstinstanzlichen Thatbestand verwiesen hatte, während letzterer seinerseits keine gedrängte Darstellung des Sach= und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens „bei bestimmt gekennzeichneten Behelfen" thätigt, sondern . . . an einige dürftige Sätze eine allgemeine Bezugnahme auf den Inhalt von vier umfänglichen vorbereitenden Schriftsätzen anschließt." In den verknüpften Thatbeständen erster und zweiter Instanz sei daher keinerlei Grundlage für die Prüfung des Revisionsgerichts gegeben, ob das Gesetz auf das Sachverhältniß, welches die Parteien vor dem Berufungsgerichte mündlich vorgetragen haben, richtig angewendet sei, weil der Inhalt dieses mündlichen Vortrages dem Revisionsgericht durch den Inhalt des angegriffenen Urtheiles nicht vergegenwärtigt werde[36]).

IX.

V. Civ.=S. vom 18. Januar 1882[37]).

Der Berufungsrichter hatte einen eigenen Thatbestand nicht gegeben, sondern Bezug genommen auf die „vollständige Darstellung des Thatbestandes" des ersten Richters. Letzterer aber hatte eine vollständige Darstellung des Thatbestandes nicht gegeben, sondern am Schlusse seiner Darstellung „im Weiteren Bezug genommen auf den mündlich verhandelten Inhalt der Schriftsätze." Schon hiernach wurde es — nach Ansicht des Reichsgerichtes — zweifelhaft, was überhaupt Gegenstand des Parteivortrages in zweiter Instanz

---

[35]) vgl. oben §. 2 unter No. 21.

[36]) Bei einer derartigen Unbestimmtheit des Prozeßstoffes, welche die Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht nöthig macht, geht das Reichsgericht auf sonstige Revisionsangriffe wegen Verletzung materieller Rechtsnormen nicht ein. Vgl. Entsch. VI. Bd. No. 104 S. 350.

[37]) vgl. oben §. 2 unter No. 41.

gewesen sei, „ob derselbe sich beschränkt habe auf das, was der erste Richter in eigner Darstellung als Thatbestand gegeben habe, oder ob er darüber hinaus den sonstigen thatsächlichen Inhalt der Schriftsätze erster Instanz begreife." Nachdem nun im Revisionsurtheile näher ausgeführt ist, daß es nach der Entscheidung der II^da zweifelhaft erscheine, ob dieselbe auch den Inhalt der Schriftsätze berücksichtigt habe, heißt es dort weiter: „Wenn es hiernach keineswegs gewiß erscheint, daß dem Berufungsrichter Alles vorgetragen worden ist, was die vorbereitenden Schriftsätze enthalten, so ist doch auch das Gegentheil möglich, wenn man die Bezugnahme auf die Sachdarstellung des ersten Richters dahin auffaßt, daß sich der Vortrag in zweiter Instanz decke mit dem Vortrage in erster Instanz, also auch bezüglich dessen, was die Schriftsätze außer der eigenen Darstellung des ersten Richters vorbringen. Ein solcher Zweifel ist aber unvereinbar mit dem Wesen des jetzigen Prozesses. Er benimmt vor Allem die Möglichkeit einer Berichtigung des Thatbestandes nach §. 291 CPO., weil die Zweideutigkeit in der Darstellung desselben der Berichtigung die nöthige Grundlage versagt und es wird dadurch in der Revisionsinstanz die ganze Sach- und Rechtslage eine schwankende."

X.

V. Civ.-S. vom 4. Mai 1881 [38]).

Das Berufungsurtheil ging — durch die uneingeschränkte Bezugnahme auf den Thatbestand des ersten Urtheils — von der thatsächlichen Grundlage aus, daß der Beklagte bei der Klägerin „Schmalzfett" bestellt und Klägerin dies an Beklagten abgesandt habe. Im Widerspruch damit war in den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts davon ausgegangen, daß Schmalzfett bestellt, aber Butter — ein anderer Gegenstand — abgesendet sei. Ebenso sollte nach dem in Bezug genommenen Thatbestande des ersten Urtheils der Verkauf der von der Klägerin an den Beklagten abgesandten Waare durch die Steuerbehörde zu M. veranlaßt worden sein, um den Eingangszoll der Waare, die sie als Butter bezeichnete, einzuziehen. Dagegen hatte der Berufungsrichter in den Entscheidungsgründen ausgeführt, daß die Konfiskation der Waare durch die Steuerbehörde infolge unrichtiger Deklaration derselben durch die Klägerin herbeigeführt worden sei. „Es ist nicht ersichtlich" (heißt es in den Gründen des aufhebenden Revisionsurtheils), „daß der Berufungsrichter unter Konfiskation etwas Anderes als eine Konfiskation im gesetzlichen Sinne gemeint hätte; die Annahme einer solchen widerspricht dem angezogenen That-

[38]) vgl. oben §. 2 unter No. 40.

bestand des ersten Richters. Bei diesen Widersprüchen fehlt es in Betreff der beiden gedachten Punkte an einem zweifellosen Thatbestande, an einer Sachdarstellung, welche die Grundlage zur Anwendung der Gesetze und zur Entscheidung der Sache geben konnte und dem Revisionsrichter die Prüfung ermöglicht, ob die Gesetze richtig angewendet sind."

XI.

U. des V. Civ.-S. vom 3. Dezember 1881 [39]).

Der Thatbestand des Berufungsurtheils bestand aus der Verweisung auf den Thatbestand des ersten Urtheils, auf drei in demselben auch bezogene Briefe und aus ergänzenden Bemerkungen, welche wieder auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze, auf den Inhalt von sieben Schreiben und eines Zeugnisses sowie hinsichtlich des dem Streite zu Grunde liegenden Vertrages auf drei Briefe sich beziehen. Der erstrichterliche Thatbestand enthielt nur eine allgemeine Characterisirung dieses Vertrages und verwies im Uebrigen auf sieben Schriftsätze und die erwähnten drei Briefe, die wesentlich den Prozeßstoff enthalten.

Der Berufungsrichter hatte trotz der erfolgten Bezugnahme auf diesen erstrichterlichen Thatbestand doch denselben in seinen Entscheidungsgründen als völlig mangelhaft bezeichnet, weil jener Thatbestand lediglich auf die Schriftsätze verweise, wobei in dem Urtheile der II[da] noch bemerkt wurde, daß jener Thatbestand über erhebliche Umstände (die Fehler einer gelieferten Maschine) ebensowenig Auskunft gebe, wie das Parteivorbringen in der Berufungsinstanz.

Das RG. sagte:

> „unter diesen Umständen fehlt es nicht nur überhaupt an einer dem §. 284 entsprechenden Darstellung des Sach- und Streitverhältnisses, sondern es ist auch völlig ungewiß, was von den Parteien vorgetragen ist, und welches der Vortrag ist, der durch die Bemerkungen des Vorderrichters ergänzt werden soll. Insbesondere läßt sich nicht mit irgend welcher Zuverlässigkeit entnehmen, welche Tragweite die Bezugnahme des erstrichterlichen Thatbestandes bei der konstatirten Mangelhaftigkeit desselben hat und ob der sehr erhebliche Inhalt der Schriftsätze erster Instanz als mit in Bezug genommen und als vorgetragen gelten soll oder nicht; man kann höchstens vermuthen, daß dies nicht der Fall sei und der Vorderrichter nicht selbst in den bei der Darstel-

---

[39]) vgl. oben §. 2 bei No. 39.

lung des ersten Richters gerügten Fehler habe verfallen wollen, wodurch aber der Sachvortrag sich als ein offenbar lückenhafter und zusammenhangloser darstellen würde."

XII.

In einem U. des III. Civ.-S. vom 29. Juni 1880 [40])

werden als Mängel des Thatbestandes bezeichnet, daß das Berufungsgericht sich auf eine, noch dazu ganz unvollständige Darlegung der ihm für seine Entscheidung belangreich erscheinenden Parteibehauptungen beschränkt und, anstatt Thatbestand und Entscheidungsgründe gehörig auseinanderzuhalten, in den letzteren mehrfach wesentliche thatsächliche Feststellungen bewirkt, überdies aber weder auf den Thatbestand des Urtheils I. Instanz, noch auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen habe, — Mängel, welche übrigens vorliegend auch aus dem Sitzungsprotokolle nicht ergänzt werden könnten, da dieses lediglich bekunde, daß die Parteien ihre schriftlichen Anträge verlesen und zur Sache verhandelt hätten. Unzweifelhaft würden diese Mängel die Aufhebung des angefochtenen Urtheils und die Rückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur Folge haben müssen, wenn sich ergäbe, daß die Entscheidung auf dieselben zurückzuführen sei. Dies wurde jedoch mit Rücksicht auf die konkrete Lage des dortigen Falles verneint und an die Spitze der hierauf bezüglichen Deduktionen der Satz gestellt, daß vorzugsweise bei der Beurtheilung der Frage, ob das Berufungsurtheil auf einer Verletzung des Gesetzes in Bezug auf das Verfahren beruhe, die Revisionsangriffe in Betracht zu gelangen hätten.

XIII.

In einem Urtheile des III. Sen. vom 4. Mai 1880 [41])

wird die vom Revisionskläger aufgestellte Rüge, daß im Urtheile erster Instanz eine Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Parteivorträge unter Hervorhebung der gestellten Anträge nicht enthalten und daß auch aus dem Protokolle über die mündliche Verhandlung nicht zu ersehen sei, in welcher Weise die Anwälte die gestellten Anträge begründet hätten, zwar an sich als richtig anerkannt, gleichwohl aber die auf diesen Mangel gestützte Revisionsbeschwerde als unbegründet befunden. Denn da

---

[40]) vgl. oben §. 2 bei No. 11.

[41]) vgl. oben §. 2 bei No. 8.

nach §. 511 CPO. die Revision nur darauf gestützt werden könne, daß die Entscheidung auf Verletzung eines Reichsgesetzes beruhe, und der Mangel des Thatbestandes nicht zu denjenigen Fällen gehöre, in welchen nach §. 513 die Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen sei, so müsse ein Zusammenhang zwischen jenem Mangel und der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichtes vorhanden sein, was indessen vorliegend nicht angenommen werden könne [42]).

Beruhet hiernach bei einer Verletzung der in §. 284 No. 3 im Betreff des Thatbestandes enthaltenen Vorschrift für die Revisionsinstanz — welche an den ihr vorliegenden Thatbestand des angefochtenen Urtheils gebunden und außer den in § 516 Z. 2 und 3 erwähnten Thatsachen eine eigene thatsächliche Feststellung eintreten zu lassen behindert ist, insbesondere auch in eine Verhandlung mit den Parteien behufs Ergänzung oder Aufklärung des Thatbestandes nicht eintreten darf, — die Aufhebung des Berufungsurtheils auf der Erwägung, daß das Revisionsgericht in Ermangelung eines den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Thatbestandes nach der Vorschrift in §. 524 CPO. außer Stande sich befindet, selbst in der Sache zu entscheiden, bez. daß in den zu entscheidenden Fällen der Berufungsrichter seine Entscheidung auf Thatsachen gestützt hat, bezüglich deren nicht feststeht, daß vor ihm hierüber verhandelt worden sei, — so gestaltet sich in dem gezeigten Falle für die Berufungsinstanz die Sachlage einigermaaßen anders.

---

[42]) Aus dem Urtheil I. Instanz war zu entnehmen, daß der die Grundlage der Klage bildende, zwischen den Parteien über die in Frage stehenden Sachen abgeschlossene Vertrag von der Beklagten anerkannt war. Der Thatbestand der IIda ergab weiter, daß der Streit der Parteien in der Berufungsinstanz sich nicht um die Frage drehte, ob Kläger Eigenthümer der qu. Sachen sei, sondern welche Verpflichtungen der Beklagten nach dem Vertrage obliegen, insbesondere ob die vereinbarte Miethe postnumerando oder praenumerando zu entrichten sei, ob Beklagte diesen Verpflichtungen nachgekommen und ob die Klage mit Rücksicht auf die in dieser Richtung vom Kläger aufgestellten Behauptungen begründet sei. Die über diese Streitpunkte vom Berufungsrichter getroffene Entscheidung sei durch jenen Mangel des erstinstanzlichen Thatbestandes nicht beeinflußt. Die Feststellung der Verhandlungen erster Instanz sei vielmehr für den Berufungsrichter nur maßgebend bei der Frage gewesen, ob die Behauptung der Beklagten, die gesammte Jahresmiethe Ende Juli 1879 gezahlt zu haben, für vom Kläger zugestanden zu erachten sei.

Wennschon nämlich die neue Verhandlung in der Berufungsinstanz in Gemäßheit der in §. 488 CPO. enthaltenen Vorschrift eine vollständige Erörterung und Würdigung des Rechtsstreites in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen hat und die Natur des auf Anfechtung eines Urtheils gerichteten Rechtsmittels weiter es mit sich bringt, daß das angefochtene Urtheil die Grundlage der Verhandlung bildet [43]), bei einem ungenügenden Thatbestande des ersten Richters aber für die Berufungsinstanz keine klare Maße darüber geboten ist, welche Thatsachen dem ersten Richter vorgetragen worden sind und unter diesem Gesichtspunkte der Berufungsrichter auf Grund der Vorschrift in §. 501 CPO. berechtigt ist, unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuverweisen, so legt ihm doch §. 501 eine Verpflichtung hierzu nicht auf, vielmehr ist eine solche Zurückverweisung nach dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes eine nur fakultative. Wie der Berufungsrichter in ganz anderem Maße als der Revisionsrichter „Herr über das thatsächliche Streitmaterial ist" [44]), wie er, um den vom Gesetze der Berufung beigelegten Character eines novum judicium zu verwirklichen, von Neuem innerhalb der durch die Berufung bestimmten Grenzen den Rechtsstreit vor sich verhandeln läßt (CPO. §. 487), hierbei auch die Parteien mit Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht wurden, insbesondere mit dem Vorbringen neuer Thatsachen und Beweismittel formell zu hören hat (§. 491 Abs. 1), so ist ihm insbesondere darnach auch die Füglichkeit gegeben, etwaige Lücken und Mängel des erstinstanzlichen Thatbestandes alsbald in der Berufungsinstanz zu ergänzen und aufzuklären. Er wird von dieser Befugniß im Interesse der Parteien, denen durch die Zurückverweisung der Sache nur ein unnöthiger Kosten- und Zeitaufwand entstehen müßte, sicherlich gern Gebrauch machen, sofern nur überhaupt die Sachlage dazu angethan ist.

Eine genügende thatsächliche Unterlage wird hier für die zweitinstanzliche Prüfung in der Regel durch eine zweckentsprechende Ausübung des in §. 130 CPO. dem Vorsitzenden, bez. dem Gerichte eingeräumten Fragerechts erlangt werden können, — sei es, daß ein Einverständniß der beiderseitigen Anwälte zweiter Instanz über den Umfang und die Fassung des mündlichen Parteivorbringens in erster Instanz herbeigeführt, sei es, daß, ohne ein solches Einverständniß das betreffende Vorbringen nunmehr in zweiter Instanz noch vollständig präcisirt, bez. nachgeholt und dabei entweder als novum behandelt wird

---

[43]) vgl. Motive zur CPO. S. 305.

[44]) vgl. Brückner in Busch's Z. Bd. V S. 414.

oder (unter Zustimmung der Parteien) dabei die Frage, ob das neuere Vorbringen in solcher Weise schon in erster Instanz geltend gemacht worden ist oder nicht, unentschieden gelassen bleibt [45]).

Aus der Praxis der deutschen Oberlandesgerichte sind hier folgende Entscheidungen zu konstatiren.

Das Oberlandesgericht zu Celle [46]) hat in einem Falle, in welchem im Thatbestande des landgerichtlichen Urtheiles blos gesagt war:

> „Hier wird im Allgemeinen auf den Inhalt der Akten Bezug genommen, daneben aus dem Verhandlungstermine vom — — Folgendes hervorgehoben"

und sodann die Bemerkung folgte, daß Beklagter die Substantiirung der Klage bemängelt und Kläger dem widersprochen habe, ferner, daß vom Kläger der eventuellen Einrede des Verzichts gegenüber des Näheren mitgetheilte Erklärungen abgegeben worden seien, die Aufhebung des landgerichtlichen Urtheils wegen mangelnden Thatbestandes verfügt. „Indem das Gesetz eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen bei der Darstellung des Thatbestandes nicht ausschließt, will es nicht die völlige Ersetzung dieser Darstellung durch jene Bezugnahme für zulässig erklären, sondern dem Richter nur die Befugniß ertheilen, in oder neben dem Thatbestande wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens, namentlich derjenigen, welche wörtliche Anführungen nothwendig machen würden, auf das Sitzungsprotokoll und die vorbereitenden Schriftsätze Bezug zu nehmen. Gegen diese Gesetzesbestimmung verstoße das angefochtene Urtheil um so mehr, als es, statt die mitzutheilende zusammenfassende Darstellung des Thatbestandes aus der vor dem Gerichte stattgehabten Verhandlung zu schöpfen — wie es der Grundsatz der Münd-

---

[45]) Dies führt Brückner a. a. O. näher aus, indem er insbesondere zutreffend zeigt, daß auch dieses Berichtigungs- und Ergänzungsverfahren seine Grenzen habe, insofern auf solche Weise doch nur einzelne Lücken und Unklarheiten des erstinstanzlichen Thatbestandes beseitigt werden könnten, während, wenn letzterer seinem ganzen Umfange nach oder zum größten Theile so mangelhaft sei, daß bei einer Verbesserung dieser Mängel das Berufungsgericht anstatt einer Prüfung der erstinstanzlichen Entscheidung im Wesentlichen an Stelle des ersten Richters verhandeln und entscheiden müsse, dasselbe dann unbedenklich in Gemäßheit §. 501 ebenso zu verfahren haben werde, als in dem Falle, wenn die Anwälte zweiter Instanz die vom Berufungsrichter begehrte Aufklärung oder die Nachholung bestimmter thatsächlicher Momente nicht geben können. S. Brückner a. a. O. S. 417.

[46]) vgl. oben §. 2 bei No. 44.

lichkeit des Verfahrens erfordere — schlechthin auf die Gerichtsakten Bezug nehme, so daß nicht einmal mit Bestimmtheit zu ersehen sei, ob dasjenige, woraus der Richter sein Urtheil geschöpft habe, auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sei. Hierin sei ein wesentlicher Mangel des Verfahrens im Sinne des §. 501 CPO. zu erblicken, dessen Vorhandensein die Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz — auch ohne daß ein diesfallsiger Antrag gestellt wäre — rechtfertige."

Das Oberlandesgericht Jena [47]) hat in einem Urtheile vom 28. März 1881 folgende Sätze, welche hier im Zusammenhange mitgetheilt werden mögen, aufgestellt:

a) „es ist der Mangel des Thatbestandes im Urtheil in der folgenden Instanz von Amtswegen zu rügen (Entsch. des RG. II. Bd. S. 407 Ab. 2).

b) der Thatbestand des Urtheils hat das sämmtliche in der Instanz vorgetragene Parteivorbringen thatsächlicher Natur ohne Rücksicht darauf, ob es nach Ansicht des Instanzrichters erheblich ist oder nicht, zu umfassen;

c) der ganze Thatbestand des angefochtenen Urtheils ist von dem Instanzrichter bei der Entscheidung des Rechtsstreits, insoweit er mit dem zu entscheidenden Punkte im Zusammenhange steht und für die Entscheidung erheblich ist, zu berücksichtigen, ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien in der neuen Instanz die fragliche Thatsache speziell vorgebracht haben oder nicht.

Für die Berufungsinstanz ist hiernach gleichwie für die Revisionsinstanz ein Urtheil erster Instanz ohne vorschriftsmäßigen Thatbestand als unbrauchbar aufzuheben und die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen."

Das Oberlandesgericht Dresden (III. Civilsenat) hat ebenmäßig in mehreren, zu seiner Kognition gelangten Fällen, den Mangel eines vorschriftsmäßigen Thatbestandes als Grund für Aufhebung des Verfahrens anerkannt. In einem Falle war im Thatbestande des landgerichtlichen Urtheils folgendes gesagt:

„Klägerin hat vorstehende Behauptungen des Beklagten (eine Einrede betreffend), soweit sie mit ihrer Darstellung in Widerspruch stehen, durchgängig bestritten und sich im Speciellen darauf so erklärt, wie aus der von ihr vorgetragenen Replik, auf welche hiermit Bezug genommen wird, ersichtlich ist; auch ist von ihr eine Zusammenstellung sub O. vorgelegt worden, welche Beklagter bei Aufnahme der Inventur bez.

[47]) vgl. oben §. 2 bei No. 42.

bei E's Ausscheiden und Beklagtens Eintritt in die Firma M. und E. selbst angefertigt und geschrieben habe. Beklagter hat letztere auf Verlangen als von ihm herrührend und deren Inhalt als richtig anerkannt, insoweit er mit der in der Klagbeantwortung enthaltenen Aufstellung übereinstimmt, ist aber im Uebrigen unter Bestreitung der klägerischen Behauptungen bei seinen Einwendungen stehen geblieben."

Hier stellte das OLG. an die Spitze seiner Entscheidungsgründe folgende Erwägungen:

„der Thatbestand des Urtheils erster Instanz entspricht aber weder dem Erfordernisse einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes (CPO. §. 284 No. 3), noch dem einer klaren und präcisen Feststellung der mündlichen Erklärungen der Parteien. Denn neben den wiedergegebenen mündlichen Erklärungen ist auf Schriftsätze Bezug genommen, welche das nämliche Vorbringen theils übereinstimmend, theils abweichend enthalten und so zu Zweifeln über die wirklichen Intentionen der Parteien Veranlassung bieten, während bei richtiger Anwendung jener gesetzlichen Bestimmung entweder auf die Schriftsätze Bezug zu nehmen und dazu dasjenige, was daran bei der mündlichen Verhandlung geändert oder hinzugefügt wird, hervorzuheben oder das relevante Vorbringen zusammenzustellen und auf diese Weise wiederzugeben ist. Man hat indessen von einer nähern Erörterung der Frage, ob jener Mangel des Thatbestandes geeignet gewesen sein würde, die Aufhebung des angefochtenen Urtheils herbeizuführen (CPO. §. 501), gegenwärtig absehen können, da unbedenklich davon ausgegangen werden durfte, daß der im vorstehenden Thatbestande ausgehobene Sachverhalt nach den Ergebnissen der Berufungsverhandlung unter den Parteien festgestellt worden sei [48])."

---

[48]) In ähnlicher Weise hat sich das OLG. Dresden in einem anderen Falle ausgesprochen, in welchem das landgerichtliche Urtheil zwar einen Thatbestand, daneben aber zugleich folgende Bemerkung enthielt: „im Uebrigen wird wegen des Klagvorbringens noch verwiesen auf die Klagschrift Abschnitt XX, und bezüglich des Vorbringens des Beklagten auf den Klagbeantwortungssatz Abschnitt ....". Dagegen erfolgte in dem oben (§. 2 No. 46) citirten Urtheile vom 31. Mai (nicht 10. Juni) 1881 die Zurückverweisung einer Sache an das Gericht erster Instanz wegen mangelhaften Thatbestandes, unter Ausführung des Satzes, daß die (dort näher gezeigte) Unzulänglichkeit des Thatbestandes ein wesentlicher Mangel im Sinne von §. 501 CPO. sei, welcher das Berufungsgericht zur Aufhebung des Urtheils und zur Zurückweisung der Sache an die vorige In-

§. 4.

Inhalt des Thatbestandes.

Auf die Frage: was soll der Thatbestand des Civilurtheils enthalten? antwortet das Gesetz (§. 284 No. 3):

> „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge."

Das Gesetz fordert somit eine „Darstellung", der Thatbestand soll gleichsam ein Bild des Sach- und Streitstandes entwerfen, diese Darstellung soll aber eine gedrängte sein.

Die dem Urtheilsverfasser auferlegte Verpflichtung, im Thatbestande eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes zu geben, wie sie dem Sinne und Geiste des Gesetzes entspricht, führt von selbst zu der Consequenz, daß es nicht der wörtlichen Aufnahme bez. Wiederholung des von den Parteien in den Schriftsätzen oder in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachten bedarf. Oft ist Alles, was überhaupt in der mündlichen Verhandlung zum Vortrage gelangt ist, selbst die rechtlichen Ausführungen der Anwälte mit einer fast endlosen Umständlichkeit in den Thatbestand aufgenommen worden, in anderen Fällen glaubte man dem Erfordernisse der Anfertigung einer „gedrängten Darstellung" dadurch zu entsprechen, daß man an Stelle eines Thatbestandes überhaupt blos auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze Bezug nahm mit dem Zusatze, daß dieselben in der mündlichen Verhandlung wiederholt oder auch „im Wesentlichen" wieder vorgetragen worden seien [1]).

Weder das Eine noch das Andere ist richtig. Vielmehr ist es in jedem einzelnen Falle Sache des Richters, zu prüfen, welche der von den Parteien vorgebrachten Thatsachen für die Begründung des Klag- oder Einredeanspruches nach Maßgabe der einschlagenden Grundsätze des materiellen Rechtes für wesentlich zu erachten sind und darnach das Parteivorbringen in gedrängte

---

stanz berechtige —, da die Erwägungen, welche beim Vorhandensein einer erheblichen Mangelhaftigkeit des Thatbestandes die Annahme eines Revisionsgrundes rechtfertigen, auch dann Platz ergreifen müßten, wenn es sich um Beurtheilung einer Berufung handle.

[1]) Dies wird auch von anderer Seite konstatirt. Vgl. Bretschneider a. a. O. S. 357.

Form zusammenzuziehen. Darüber, wie Letzteres zu geschehen hat, lassen sich freilich allgemeine, für alle Fälle ausnahmslos geltende Regeln nicht aufstellen, sondern es muß in dieser Beziehung das verständige, auf die objektive Lage des konkreten Falles gestützte freie Ermessen des Richters entscheiden; es kann in dem einen Falle nach der Sachlage eine von anderen gleichartigen Verhältnissen abweichende Anordnung geboten sein.

Im Allgemeinen aber ist daran festzuhalten, daß bei der Kürzung des in den Thatbestand aufzunehmenden Materials auch nicht zu weit gegangen werden, insbesondere die Darstellung nicht ausschließlich auf dasjenige thatsächliche Vorbringen der Parteien beschränkt werden darf, welches — nach der Auffassung des Gerichtes — für das zu fällende Urtheil allein entscheidend ist, vielmehr hat jene Darstellung auch dasjenige Vorbringen zu umfassen, was dem Gerichte als materiell unerheblich oder doch mit Rücksicht auf anderes Vorbringen als nicht durchschlagend erscheint.

Die Darstellung des Thatbestandes soll eine objective und zugleich vollständige sein; sie soll daher insbesondere auch die für die richterliche Entscheidung nicht erheblichen Vorbringen berühren und sowohl die Parteibehauptungen selbst als die dafür benannten Beweismittel umfassen. Denn möglicher Weise ist die höhere Instanz einer anderen Rechtsansicht und in diesem Falle würde es an einer genügenden Grundlage für eine reformatoria fehlen, weil in der ersten Instanz nichts Thatsächliches festgestellt und folgeweise auch nicht darüber erkannt sein würde. Aus der richtigen Würdigung der Vorschriften des §. 284 Z. 3 ergiebt sich für den Richter die Pflicht, durch schriftliche Aufzeichnungen auch für Dritte erkennbar zu machen, was nach seiner Auffassung die Parteien für ihre Ansprüche thatsächlich vorgebracht haben und welche rechtliche Folgerungen sie daraus gezogen wissen wollen. Würde sich aber der Richter darauf beschränken, nur diejenigen Punkte thatsächlich festzustellen, welche seiner Ansicht nach für die Entscheidung maßgebend sind, so entsteht — abgesehen davon, daß er, wenn seine Auffassung in höherer Instanz keine Billigung findet, die Aufhebung seines Urtheils und die Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung gemäß CPO. §. 501 riskirt — auch die fernere Gefahr, daß er andere von den Parteien vorgebrachte Thatsachen, außer Acht läßt, ohne ihren Einfluß auf die Entscheidung in Erwägung zu ziehen, weil er schon aus anderen Gründen seine Entscheidung für gerechtfertigt erachtete. „Die Feststellung eines vorschriftsmäßigen Thatbestandes enthält sonach für den Richter selbst die einzige, aber auch die nothwendige Controle dafür, daß er bei seiner Entscheidung nichts Thatsächliches, was die Parteien vorgetragen, übersehen hat[2]."

---

[2]) Bretschneider a. a. O. S. 359.

Diese Auffassung der gesetzlichen Vorschrift wird denn auch von den Kommentatoren, soweit sie von den Erfordernissen des Thatbestandes sprechen, getheilt.

So bemerken Kleiner[3]):

„der Sachverhalt erstreckt sich auf das ganze mündliche, thatsächliche Vorbringen der Parteien, ohne Rücksicht darauf, ob es das Gericht für wesentlich hält oder nicht. Denn auch das Revisionsgericht muß darauf sein Urtheil bauen."

Seuffert[4]):

„der Thatbestand soll nicht blos dasjenige thatsächliche Vorbringen enthalten, welches für das Urtheil nach Auffassung des Gerichts entschei-scheidend ist, sondern auch dasjenige, welches von dem Gerichte als unerheblich oder doch mit Rücksicht auf anderes Vorbringen nicht als entscheidend erachtet wird. Das von dem Gerichte nicht für erheblich erachtete Material kann möglicher Weise von der höheren Instanz als bedeutsam erachtet werden. Schon wegen der Vorschrift in §. 92 Abs. 2 ist es nothwendig, im Thatbestand zu konstatiren, welches Vorbringen Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist."

Petersen[5]):

„das thatsächliche Vorbringen ist auch dann vollständig darzulegen, wenn ein Theil desselben vom Gerichte für unerheblich gehalten wurde, weil in der Berufungsinstanz eine andere Auffassung eintreten kann."

Hellmann[6]):

„da die Darstellung des Thatbestandes eine Darstellung des Sach- und Streitstandes ist, so darf sie sich nicht auf Mittheilung des thatsächlichen Materials beschränken, welches dem Gerichte für die Entscheidung als belangreich erscheint, sondern muß Alles, was in Streit kommt und Alles, was sich auf die Streitsache bezieht, sofern es Gegenstand der Verhandlung war, kurz und gedrängt anführen. Dies ist aus zwei Gründen unerläßlich: einmal, weil für den Fall der Berufung dem höheren Richter ein Punkt von Belang zu sein scheinen kann, den der erste Richter für gleichgültig hielt, sodann, weil es nothwendig ist, konstatiren zu können, ob ein Vorbringen in der Berufungsinstanz ein

---

[3]) zu §. 284 II. Bd. S. 170 f.

[4]) S. 369 f. der zweiten Auflage, Bem. 4.

[5]) II. Ausg. S. 480.

[6]) Bd. II S. 148 unter d. zu §. 284.

neues sei. Denn wenn eine Partei in höherer Instanz auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie schon früher hätte geltend machen können, so können ihr die Kosten der zweiten Instanz ganz oder theilweise auferlegt werden (CPO. §. 92. 2)."

v. Wilmovski und Levy (Anm. 4 S. 388 Ed. III):

„Zu dem Thatbestande gehört . . . . ꝛc. und zwar das vollständige nicht blos das nach der Ansicht des Gerichts erhebliche thatsächliche Material."

Puchelt [7]):

„der Thatbestand umfaßt nur das in der mündlichen Verhandlung vorgetragene thatsächliche Vorbringen der Partei ohne Rücksicht auf das Mehr oder Weniger in den vorbereitenden Schriftsätzen, muß aber auch dasjenige reproduziren, was dem Instanzgericht unerheblich scheint, weil dem Obergerichte nicht vorgegriffen werden darf (§. 524)."

Struckmann und Koch [8]):

„die Darstellung des Sach- und Streitstandes hat, wie schon dieser Ausdruck andeutet, nicht blos dasjenige thatsächliche Vorbringen zu enthalten, welches für die abzugebende Entscheidung nach der Auffassung des Richters erheblich (sog. Entscheidungsthatbestand), sondern auch dasjenige, welches nicht von unmittelbarem Interesse ist (sog. Prozeßthatbestand), weil es bei einer abweichenden Auffassung des höheren Richters möglicher Weise Bedeutung gewinnen kann und als dann das Urtheil als Beweismittet dafür dient, daß das betreffende Vorbringen Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist."

v. Sarvey [8a]):

„außer den in dem Gesetze selbst (§. 284 No. 3 Abs. 2, §. 285) gegebenen Anhaltspunkten läßt sich über die Einrichtung der Darstellung des Sachverhalts keine nähere Anweisung geben. Dieselbe ist dem Ermessen des Gerichts anheimzugeben. Die Forderung der gedrängten Darstellung ist mit der Forderung, daß nichts Wesentliches aus den mündlichen Verhandlungen übergangen wird, möglichst zu vereinigen. Wesentlich ist jedoch außer den Anträgen nicht nur dasjenige thatsächliche Vorbringen, welches unmittelbar der Entscheidung zur Grundlage dient, sondern auch dasjenige, welches bei einer abweichenden rechtlichen

[7]) II. Bd. S. 100 unter 4.

[8]) IV. Auflage S. 313 Anm. 3.

[8a]) Bem. 4 zu §. 284 I. Th. S. 431.

Ansicht des höheren Richters von rechtlicher Bedeutung werden kann und dessen Feststellung in dem Thatbestand daher im Hinblick auf §. 285 das Parteiinteresse verlangt."

v. Bülow[8b]):

„Auch das, was vom Standpunkte der konkreten Entscheidung aus unerheblich ist, gehört zur Vollständigkeit des Sach- und Streitstandes."

Gaupp[9]):

„die Darstellung soll den ganzen Sachverhalt enthalten, wie er dem Urtheile des Gerichts unterstellt wurde, hat sich also nicht auf dasjenige Vorbringen zu beschränken, welches nach der Auffassung des Gerichts für die Entscheidung erheblich war; sie hat namentlich auch die thatsächliche Begründung solcher Angriffs- oder Vertheidigungsmittel aufzunehmen, auf welche der Richter bei seiner Auffassung einzugehen keinen Anlaß hatte; da der Thatbestand zugleich als Beweismittel dafür dient, daß ein Vorbringen Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist (vgl. auch §§. 285 und 92 Satz 2, §. 491)."

Derselben Ansicht ist wohl auch Endemann, welcher sich dahin ausspricht[10]):

„der Umfang des Thatbestandes kann nach der Beschaffenheit des Urtheils und der vorangegangenen Verhandlung sehr verschieden sein. Er umfaßt vielleicht, wenn nur das eine Endurtheil ergeht, das gesammte Streitverhältniß, bei einem Theil- oder Zwischenurtheil vielleicht nur den zunächst abschließenden Theil.

Wie speciell die Darstellung, wenn sie auch immer eine gedrängte bleiben, also nicht in eine förmliche Relation ausarten soll, sein soll, dafür ist die in §. 285 bezeichnete Bedeutung maßgebend.

Soviel ist gewiß, daß aus ihm ersichtlich sein soll, in welcher Weise die Anträge, Angriffs- und Vertheidigungsmittel thatsächlich begründet wurden, was die Beweisverhandlungen und Beweisaufnahmen ergaben und dergl. Inwieweit dabei auf das Einzelne einzugehen, bestimmt sich nach verständigem Ermessen."

Auch Bretschneider[11]) führt aus, daß der Richter ein thatsächliches

---

[8b]) Komm. II. Aufl. S. 206 Anm. 3 zu §. 284.

[9]) II. Bd. S. 156.

[10]) II. Bd. S. 117 f.

[11]) a. a. O. S. 358. — In einzelnen Fällen hängt nach der Gestaltung der Sach-

Vorbringen der Parteien im Thatbestande nicht etwa übergehen dürfe, weil er es für die Entscheidung als unerheblich erachtet, vielmehr müsse er auch Thatsachen, welche von den Parteien vorgetragen und aus welchen von ihnen rechtliche Folgen für ihre Ansprüche gezogen werden, feststellen, da möglicher Weise die höhere Instanz einer andern Rechtsansicht sei und dann die Grundlage für eine abändernde Entscheidung fehlen würde, weil erstinstanzlich nichts Thatsächliches festgestellt und folgeweise auch nicht darüber erkannt sein würde.

Besonders prägnant spricht sich Wach[12]) über die vorliegende Frage aus:

„Der Thatbestand, die richterliche gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes, welche Urtheilsbestandtheil ist und nur durch das, soweit Vorlesung und Genehmigung nothwendig ist, vorgelesene und genehmigte Sitzungsprotokoll entkräftet wird, dieser Thatbestand relevirt als Beurkundungsmittel der Regel nach nicht für den Richter, welcher urtheilt, sondern für den Richter, welcher das Urtheil nachprüft rc. rc.

Dazu gesellt sich die wichtige Erwägung, daß der Thatbestand von der Relevanzmeinung des Gerichts ganz unabhängig sein soll. Nicht nur, was dem Richter wesentlich scheint und ihm als Stütze des Urtheils dient, sondern der ganze „Sach- und Streitstand“ ist aufzunehmen. Sollte also auch der Richter die Klage abweisen, weil ihm der Klaggrund nicht bewiesen scheint, oder eine Einrede liquid und nicht entkräftet ist, so darf er sich der Gesammtdarstellung alles übrigen eventuellen Vorbringens nicht entschlagen.“

Diese Auffassung findet auch in Entscheidungen des Reichsgerichts Bestätigung. So kommt in dem Urtheile des dritten Civilsenats vom 29. Juni 1880[13]) folgender Passus vor:

„daß das Berufungsurtheil in der Feststellung des Thatbestandes an erheblichen Mängeln leidet, ist nicht zu verkennen. Während die Dar-

---

lage die Fassung des Thatbestandes wesentlich von dem Gange mit ab, welchen die Entscheidungsgründe nehmen. Es ist dann vielleicht zweckmäßig, die Gründe vorweg zu redigiren und sodann erst den Thatbestand zu fertigen. Indessen darf dies nicht dahin führen, daß im Thatbestande nur dasjenige thatsächliche Parteivorbringen fixirt wird, welches den Gegenstand der rechtlichen Beurtheilung in den Entscheidungsgründen bildet. In der Praxis begegnet man oft Thatbeständen, bei denen der Zuschnitt auf die Entscheidungsgründe nur zu sichtbar hervortritt.

[12]) Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung (Bonn 1879) S. 34 f.

[13]) vgl. oben §. 2 bei No. 11.

stellung des Sachverhalts das gesammte in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Streitverhältniß, nicht blos die dem urtheilenden Gerichte für seine Entscheidung belangreich scheinenden Behauptungen der Parteien umfassen soll, hat sich das Berufungsgericht auf eine, noch dazu ganz unvollständige Darlegung der letzteren beschränkt 2c."

Freilich ist diese Auffassung nicht unangefochten geblieben.

von Kräwel [14]) vertheidigt die Ansicht, daß der Nachweis der Behauptung, eine im vorbereitenden Schriftsatze enthaltene, aber im Thatbestande des Urtheils übergangene Einrede sei in der mündlichen Verhandlung vor dem dem Gerichte erster Instanz wirklich vorgebracht worden, dadurch geführt werden könne, daß die Richter erster Instanz als Zeugen vernommen werden. Er bezeichnet es zwar als unzweifelhaft, daß die Fassung der im Thatbestande wiedergegebenen Fassung die Parteierklärungen unbedingt beweise, er verneint dagegen die Frage, ob der Thatbestand auch die Negative beweise, daß weiter keine Erklärungen abgegeben worden seien, als die in den Thatbestand aufgenommenen, und er weist dabei auf die Erschwerungen hin, welche bei Festhaltung der bejahenden Ansicht der Aufgabe des Urtheilsverfällers dann erwachsen müßten, wenn derselbe sämmtliche von den Parteien bei der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen in den Thatbestand aufnehmen wollte. Nach Ansicht von Kräwels [15]) hat sich daher der Urtheilsverfasser zu beschränken auf die Aufnahme derjenigen Erklärungen, welche nach seiner Auffassung erheblich sein konnten. Lege man aber dem Thatbestande jene negative Wirkung bei, so müsse der Urtheilsverfasser noch weiter gehen und die nach seiner Auffassung ganz überflüssigen Erklärungen sowie alle von den Parteien angeführten, aber nicht erhobenen Beweismittel anführen, weil doch ein späterer Richter jene Erklärungen für erheblich erachten könne und bez. sonst jene Beweismittel als in erster Instanz nicht in Bezug genommen anzusehen sein würden.

Im Gegensatze hierzu unterscheidet von Bülow (Halle) [16]) richtig zwischen Thatbestand in einem engeren und in einem weiteren Sinne; unter letzterem versteht er das gesammte thatsächliche Prozeßmaterial (Prozeßthatbestand), unter Thatbestand im engeren Sinne dagegen denjenigen

---

[14]) Erfahrungen im deutschen Civilprozesse, in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. IV S. 241 f., insbes. S. 242.

[15]) a. a. O. S. 244. Auf die Frage über die Beweiskraft des Thatbestandes ist weiter unten zurückzukommen.

[16]) in der ang. Zeitschrift Bd. IV S. 336 f.

Theil jenes Materials, auf welchen ein im Prozeß ergangenes Urtheil gebaut ist (Entscheidungsthatbestand); die Bedeutung dieses letzteren Thatbestandes findet er darin, daß derjenige thatsächliche Prozeßstoff, den der Richter, um zur Abgabe seiner Entscheidung zu gelangen, gewürdigt hat, zum vollen Verständniß des Urtheils kenntlich gemacht werden muß, diese Kenntlichmachung aber im mündlichen Verfahren nachträgliche schriftliche Fixirung erfordere. „Ohne diesen Entscheidungsthatbestand wäre dem Richter höherer Instanz, der im schriftlichen Verfahren sich diesen Bestandtheil des Erkenntnisses aus den Akten hervorsuchen mußte, die von ihm erforderte Prüfung unmöglich gemacht. Der Prozeßthatbestand aber gewinnt seine Bedeutung dadurch, daß theils die Wirkung des Urtheils sich nicht auf die subjective Auffassung des Gerichts bezüglich der Erheblichkeit des Parteivorbringens beschränkt, vielmehr auch durch dasjenige thatsächliche Vorbringen bestimmt wird, welches vom Richter als für den von ihm gefällten Spruch nicht in Betracht kommend unberücksichtigt gelassen ist, theils diese letzteren eventuellen Punkte im späteren Verlaufe des Rechtsstreites die größte Bedeutung erlangen können. Die CPO. will nun, daß dem Urtheile eine Darstellung des gesammten thatsächlichen Prozeßstoffs, also auch desjenigen Materials, welches mit Rücksicht auf die erlassene Entscheidung nicht in Betracht kommt, eingefügt werde."

Nach dieser, dem Sinne und Geiste der CPO. entsprechenden Auffassung würde es also in dem Falle, wenn die Klage für unschlüssig befunden und abgewiesen wird, nicht genügen, daß die Darstellung im Thatbestande des Urtheils sich nur auf das Klagvorbringen, beziehentlich die über dasselbe vom Beklagten abgegebenen Erklärungen beschränkt, vielmehr bedarf es auch der Aufnahme der vom Beklagten etwa gegen den Anspruch vorgebrachten Einreden. Denn mag das Gesetz auch eine gedrängte Darstellung erfordern, so muß diese doch zugleich eine vollständige sein und zu dieser Vollständigkeit gehört eben die Aufnahme alles desjenigen, was mit Rücksicht auf den gesammten Rechtsstreit und dessen endliche Entscheidung von Bedeutung sein kann. Aus dem Prozeßthatbestande, den danach die CPO. verlangt, darf daher nur dasjenige thatsächliche Parteivorbringen weggelassen werden, welches entweder als Prozeßbehauptung nicht hat aufgestellt werden sollen, z. B. das nur pro coloranda causa Vorgebrachte; oder welches offenbar bei jedweder rechtlichen Beurtheilung unerheblich ist [17]).

Daß bei Festhaltung dieses Prinzips Anwälte und Richter oft in die Lage kommen, in nutzlose Verhandlungen über einen Prozeßstoff einzutreten,

---

[17]) Bülow a. a. O. S. 337.

welcher für das zu fällende Urtheil sich nachmals ohne jede materielle Bedeutung erweist, ist den Gegnern zuzugeben [18]). Dies ist indessen eine Rücksicht, welche außer Betracht bleiben muß, wenn es sich darum handelt, die Anforderungen zu erfüllen, welche sich aus einer richtigen Würdigung des Geistes und Sinnes der gesetzlichen Vorschrift ergeben.

Bei Prüfung der Frage, welches thatsächliche Vorbringen als nur zur Kolorirung der Sache dienend anzusehen sei, ist freilich mit großer Vorsicht zu Werke zu gehen. Insbesondere sind adminiculirende Umstände, auf welche die Partei sich bezieht, in den Thatbestand jedenfalls aufzunehmen.

Es soll versucht werden, dies an der Hand eines schon von anderer Seite gebrauchten Beispiels [19]) einigermaßen zu illustriren.

Kläger A, welcher auf Erfüllung eines von ihm als Käufer, mit dem Beklagten B über zwei Wagenpferde abgeschlossenen Kaufvertrags klagt, behauptet — außer den auf den eigentlichen (definitiven) Kaufsabschluß bezüglichen Thatsachen — noch folgendes:

a) er habe die (vielleicht auch gegen dritte Personen von ihm ausgesprochene) Absicht gehabt, für seine Chaise zwei Wagenpferde zu kaufen und er sei deshalb auf den Pferdemarkt nach Buttstädt gefahren;

b) hier habe er zwar keine ihm konvenirenden Pferde gefunden, jedoch gehört, daß der in Erfurt wohnhafte Beklagte B derartige Pferde bei sich stehen habe;

c) er habe sich nun am 29. April 1881 nach Erfurt begeben, daselbst zwar den Beklagten nicht angetroffen, aber dessen Pferde besichtigt und zwei braune Wallachen, welche ihm bei dieser Gelegenheit von dem anwesenden Bruder des Beklagten vorgezeigt worden, für seinen Zweck geeignet befunden; auch habe er zu dem Bruder des B gesagt, daß er (A) die Pferde, wenn er sich mit dem Beklagten über den Preis einige, kaufen wolle;

d) zwei Tage darauf — am 1. Mai 1881 — sei Beklagter persönlich zu ihm nach Weimar gekommen. Hier habe er (Kläger) mit demselben nach längeren Verhandlungen für die beiden Pferde einen Gesammtkaufpreis von 1000 Mk. — und zugleich weiter vereinbart, es solle Beklagter ihm die Pferde am 8. Mai 1881 nach Weimar liefern;

e) Beklagter habe aber weder am 8. Mai, noch überhaupt die Pferde geliefert.

---

[18]) Insbesondere wird dieser Gesichtspunkt premirt von Bähr a. a. O. S. 227 f.

[19]) vgl. Bretschneider a. a. O. S. 360.

Bei dieser Gestaltung des Streitfalles scheint eine thatsächliche Feststellung, welche sich lediglich darauf beschränkt, zu konstatiren [20]):

„Kläger behauptet, am 1. Mai 1881 in Weimar zwei fünfjährige braune Wagenpferde (Wallachen) zum Gesammtpreis von 1000 Mk. vom Beklagten unter der Vereinbarung gekauft zu haben, daß derselbe ihm die Pferde am 8. Mai nach Weimar liefere, und ferner, daß Beklagter weder am 8. Mai, noch überhaupt die Pferde geliefert habe"

nicht ausreichend zu sein.

Denn wenn auch die den perfekten Kaufsabschluß begründenden thatsächlichen und rechtlichen Momente zunächst nur in dem Vorbringen unter d) enthalten sind, so können doch auch die Behauptungen unter a) bis c) unter dem Gesichtspunkte präparatorischer Verhandlungen adminiculirend in Betracht gelangen, welche, ihren Nachweis vorausgesetzt, unter Umständen d. i. wenn der Beklagte vielleicht das auf das eigentliche Vertragsmoment, den endgültigen Kaufsabschluß bezügliche Vorbringen des Klägers unter Annahme des darüber ihm zugeschobenen Eides bestreitet, für die Frage, ob zu dem Vorbringen unter d) etwa dem Kläger ein richterlicher Eid — mit Umgehung des Schiedseides — aufzuerlegen sei, von Bedeutung werden können.

Andererseits enthalten die Schriftsätze der Parteien oft Ausführungen, deren gänzliche Unerheblichkeit für die Sachentscheidung außer allem Zweifel steht [20b]). In diesen Fällen ist es Aufgabe des Richters, im Thatbestande den wahren und wesentlichen Sinn des Parteivorbringens festzustellen; zu diesem Zwecke muß er aber eine sorgfältige kritische Prüfung des vor ihm Verhandelten eintreten lassen und er darf nur dasjenige in gedrängter Form zusammenfassen, was sich als Resultat dieser Prüfung ergeben hat [21]).

---

[20]) vgl. Bretschneider S. 360.

[20b]) Zutreffend ist die Bemerkung Bähr's a. a. O. (S. 241), daß die Anwälte bemüht sein müssen, schon in ihren Schriftsätzen das Thatsächliche so genau und vollständig, wie möglich, darzustellen. Denn in Wirklichkeit wird Richtern wie Anwälten das mündliche Verfahren außerordentlich erleichtert und abgekürzt, wenn die Darstellung in den vorbereitenden Schriftsätzen, bei knapper und präciser Vortragsform, sich nur auf Thatsachen beschränkt. S. noch Rocholl a. a. O. (oben §. 2) S. 167 Anm. 28.

[21]) vgl. Streich: bei Gruchot S. 242. — Die Thätigkeit des Gerichts bei Fällung und Fertigung des Urtheils ist, wie sich aus logischen Grundsätzen ergiebt, eine dreifache: dasselbe rekapitulirt das zur Beurtheilung vorliegende Prozeßmaterial, wie es in der mündlichen Verhandlung sich ergeben hat, und sondert das Unwesentliche aus; ferner würdigt es das wesentliche Prozeßmaterial in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung unter Anwendung des Gesetzes; endlich bestimmt

Entnehmen wir auch hiefür ein Beispiel aus gerade uns vorliegenden Akten.

Es handelt sich um Bezahlung einer Summe Geldes, welches die Beklagte auf Grund eines ihrer Schwester, der Klägerin, eigenthümlich gehörigen Sparkassenbuches abgehoben hatte und deren Herausgabe an Klägerin sie verweigerte.

Der Klagschriftsatz enthält folgendes Vorbringen:

Beklagte besaß mit ihrer Schwester, der Klägerin, die (in der Anlage verzeichneten) Gegenstände, welche sie für den Preis von 1200 Mk. verkauften, und sie theilten sich gleichmäßig in diesen Betrag so, daß auf jede Schwester 600 Mk. kamen. Diese 600 Mk. zahlte Klägerin im Frühjahr 1877 bei der Kreditbank zu X ein und erhielt dafür das Quittungsbuch No. — ausgehändigt. Einige Zeit später ließ Klägerin der Beklagten die Zinsen jener 600 Mk. abheben, damit Beklagte diesen Betrag zur Bestreitung von Miethzins verwende.

Beweis: Eideszuschiebung.

Beklagte hat nun aber nicht blos die Zinsen, sondern die ganze Einlage abgehoben (Beweis: der Kassier N. N. in X) und weigert sich jetzt, den erhobenen Betrag von 600 Mk. herauszuzahlen.

Im Klagbeantwortungs-Schriftsatze läßt sich Beklagte folgendermaßen aus:

es ist nicht begründet, daß Klägerin der Beklagten das Quittungsbuch No. — der Kreditbank zu X übergeben habe, um die Zinsen von dem eingelegten Kapitale der 600 Mk. abzuheben und daß Beklagte hiervon Miethzins habe bezahlen wollen. Vielmehr hat Klägerin der Beklagten jenes Buch schenkungsweise eigenthümlich überlassen und abgetreten.

Dieselbe (Klägerin) hat sich am 6. Januar 1878 mit einem sehr reichen Mühlenbesitzer verheirathet. Einige Tage vorher hat sie in der

---

es, was nach dem Gesetze aus den Thatsachen, deren Wahrheit oder Nichtwahrheit schon jetzt oder gemäß künftiger Leistung oder Nichtleistung eines noch zu erhebenden Eides demnächst als bewiesen zu erachten ist, in Bezug auf die geltend gemachten, in den Anträgen ausgesprochenen Ansprüche oder Gegenansprüche folgt, d. i. ob und inwieweit die Ansprüche aus jenen rechtlich zu folgern sind. vgl. Rintelen: systematische Darstellung des gesammten neueren Prozeßrechts, einschließlich des Gerichtsverfassungsrechts in seiner Gestaltung für die ordentlichen Gerichte des ganzen Preußischen Staats und für das Reichsgericht auf Grund der Reichsgesetzgebung, der preußischen Landesgesetzgebung, sowie der Vorschriften der Preußischen Landesjustizverwaltung. III. Bd. §. 201 S. 104 (Breslau 1882).

Freude ihres Herzens über die so günstige Veränderung der armen Schwester das Buch geschenkt und Letztere hat die Ueberlassung dankbar angenommen sowie nachgehends $2^1/_2$ Jahr unentgeltlich in Haus und Feld schwer für sie (Klägerin) gearbeitet. Wenn sie sich hierüber zuweilen beklagte, die Arbeit sei doch zu schwer, hat Klägerin alle Zeit erwidert: „dafür hast du ja das Buch."

Wie Beklagte am 29. Mai 1880 die Einlage abgehoben, hat selbe dies zuvor der Klägerin mitgetheilt und letztere damit sich einverstanden erklärt.

Etliche Monate später hat Klägerin ihrem Ehemanne den vor der Verheirathung gegen ihre Schwester geübten Edelmuth mitgetheilt, dieser Ehemann aber, gleicher Gesinnung unfähig, darüber sich erzürnt und seine Gattin zur Klaganstellung verleitet, die zu keinem Erfolge führen kann u. s. w.

Klägerin widerspricht in der mündlichen Verhandlung dieser Darstellung der Beklagten. Die Parteien streiten sich dabei noch um die Beweislast. Beklagte nimmt aber schließlich den zugeschobenen Eid an.

Hier wird, da über die rechtliche Auffassung des Streitfalls kaum ein begründeter Zweifel aufkommen kann, aus dieser Erwägung aber zugleich für die Darstellung des Sachverhaltes geeignete Winke zu entnehmen sind [22]), der Thatbestand kurz dahin sich zusammenfassen lassen:

---

[22]) Die Klage ist als condictio furtiva begründet; eine Entwendung in diesem Sinne hat Beklagte begangen durch Ueberschreitung der ihr angeblich Seiten der Klägerin ertheilten Ermächtigung, nur die Zinsen der Einlage des Quittungsbuches zu erheben. Klägerin kann von ihr Schadensersatz fordern. Dieser besteht zunächst in Rückgabe der 600 Mk. Andererseits genügt, da eben nicht Zurückgabe des Buches gefordert wird, nicht die blose Bezugnahme darauf, daß Beklagte das Buch von der Klägerin übergeben erhalten habe. Denn die blose Hingabe einer Sache stellt an sich ein so rein faktisches Verhältniß dar, daß aus demselben ohne nähere Darlegung der Umstände, welche der Hingabe zu Grunde liegen, weder für, noch gegen das Vorhandensein eines unterliegenden Rechtsgrundes ein Schluß gezogen werden kann. Es bedurfte vielmehr — (zumal mit Rücksicht darauf, daß bei Sparkassenbüchern und ihnen gleichzustellenden Papieren ein ähnlicher Verkehr wie bei ächten Inhaberpapieren stattfindet und daher der Umstand, daß Jemand eine auf den Namen eines Dritten lautende Sparkasseneinlage erhoben hat, für sich allein noch keinen Beweis, ja nicht einmal eine Vermuthung dafür begründet, es sei der Erheber der Einlage hierzu unberechtigt gewesen) — Seiten der Klägerin neben der Behauptung der Uebergabe zugleich noch der Geltendmachung von Thatsachen, durch deren Zusammenwirken mit der Hingabe des Buches der Klaganspruch als begründet sich er=

Klägerin hat — wie nach den von den Parteien in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen im Einverständnisse derselben beruht — ein ihr eigenthümlich gehöriges, mit No. — bezeichnetes und auf 600 Mk. lautendes Quittungsbuch der Kreditbank zu X im Frühjahr 1877 der Beklagten, ihrer Schwester übergeben und Letztere hierauf die Einlage erhoben, auch in Empfang genommen.

Klägerin fordert gegenwärtig die 600 Mk. — ohne Zinsen — von der Beklagten zurück, unter der Behauptung, sie habe das Quittungsbuch der Beklagten nur zu dem Zwecke übergeben, damit diese die Zinsen der 600 Mk. abhebe und den Zinsenbetrag zur Bestreitung von Miethzins verwende.

Dieses Anführen wird von der Beklagten, welche Abweisung der Klage beantragt, unter Bezugnahme darauf bestritten, daß Klägerin, welche sich am 1. Januar 1878 mit ihrem jetzigen Ehemanne verheirathet, ihr einige Zeit zuvor jenes Quittungsbuch schenkungsweise überlassen, auch mit der ihr von der Beklagten eröffneten Absicht derselben, die Einlage zu erheben, sich einverstanden erklärt habe.

Klägerin widerspricht dieser Darstellung als unwahr und erachtet in Betreff der behaupteten Schenkung die Beklagte für beweispflichtig, während Letztere diese Beweispflicht ablehnt und den ihr nunmehr von der Klägerin über deren obige Anführungen zugeschobenen Eid annimmt.

Ein allgemeiner Gesichtspunkt ist hier zum Schlusse noch hervorzuheben. Um eine „gedrängte" Darstellung des Sach- und Streitstandes zu erzielen, wie sie vom Gesetze erfordert wird, ist neben der Sichtung des Streitmaterials, neben der Scheidung des Wesentlichen vom Unwesentlichen, und unter

---

giebt. Ein solches persönliches Fundament ist hier darin zu finden, daß Klägerin der Beklagten in Betreff der Gebahrung mit dem Quittungsbuche nur eine beschränkte Ermächtigung ertheilt haben will. Wäre diese Ermächtigung lediglich dahin gegangen, es solle Beklagte nur die Zinsen des die Einlage repräsentirenden Kapitals erheben, so würde in der von der Beklagten geständlich vorgenommenen weitergehenden Verfügung über das Quittungsbuch, eine den Begriff der condictio furtiva deckende widerrechtliche Handlungsweise derselben zu finden sein. Die Behauptung der Letzteren, es sei ihr das Buch von der Klägerin geschenkt worden, enthält nun nicht eine als selbständige Einrede aufzufassendes Vertheidigungsmittel, sondern ein motivirtes Läugnen des Klaggrundes. Die Beweispflicht trifft somit die Klägerin. Es hängt demzufolge die Entscheidung vom Schiedseide ab. Zur größeren Deutlichkeit kann in die Eidesvorschrift vielleicht die sog. Adversative aufgenommen werden.

Fortlassung des auch im Sinne der Partei unwesentlichen, blose Wiederholungen enthaltenden Materials, auf möglichste Klarheit und Bündigkeit des Vortrages Bedacht zu nehmen. Die Wiedergabe des auf jene Weise gewonnenen Stoffes hat in abgerundeter Form mit präcisen Worten zu erfolgen; es ist auf Einfachheit und Würde des Ausdruckes, auf möglichst einfachen, nicht durch langathmige Einschaltungen unterbrochenen Periodenbau und auf thunlichste Reinhaltung der Sprache von veralteten Wörtern, bez. Fremdwörtern Bedacht zu nehmen, andererseits aber wiederum von einem zu weit getriebenen Sprach-Purismus abzusehen. Das Streitmaterial ist nicht immer in der Reihenfolge der Parteivorträge, sondern in einer der konkreten Sache entsprechenden logischen Ordnung wiederzugeben [22a]). Dabei ist das unstreitige Vorbringen von dem streitigen zu trennen. Die Darstellung des ersteren ist zweckmäßig abzuschließen etwa mit der Bemerkung: „hierüber allenthalben waltet unter den Parteien Einverständniß ob," oder: „dies Alles ist unter den Parteien unbestritten. Streitig dagegen sind folgende Thatsachen." Diese Anordnung des Thatbestandes gilt sowohl für die erste Instanz, als im Wesentlichen auch für die Berufungsinstanz, worüber Näheres in §. 11 zu bemerken ist.

§. 5.

Fortsetzung. Aufnahme rechtlicher Ausführungen und Darstellung der Beweisergebnisse, insbesondere des Zeugenbeweises.

Man begegnet nicht selten der Meinung, daß alle und jede Ausführungen der Parteien, welche entweder die rechtliche Beurtheilung der Thatsachen oder die Würdigung der Beweisergebnisse betreffen, von der Erwähnung im Thatbestande schlechthin ausgeschlossen werden müßten. Denn derselbe solle in gedrängter Darstellung nur die von den Parteien geltend gemachten Thatsachen unter Angabe dessen, was darin bestritten ist, aufführen und dann die Angabe der Beweismittel und das Ergebniß der Beweisaufnahme; in letzterer Hinsicht genüge es aber, wenn z. B. gesagt werde, daß Beklagter den ihm zugeschobenen Eid angenommen habe, daß auf Antrag des Klägers die Zeugen A, B und C, auf Antrag des Beklagten D, E, F als Gegenzeugen vernommen, daß Augenschein eingenommen worden ist u. s. w. Es sei dagegen nicht Aufgabe des Thatbestandes, auch die weiteren Ausführungen der

---

[22a]) vgl. Streich a. a. O. – Kroll S. 40.

Parteien wiederzugeben. Insbesondere könne die Wiedergabe der Ausführungen über den Rechtspunkt im Berufungsurtheile auch für die Revisionsinstanz keinen Zweck haben, weil die rechtlichen Deduktionen hier selbständig vorzubringen seien und dieses Vorbringen nicht davon abhänge, was in dieser Beziehung schon in der Berufungsinstanz angeführt worden sei, vielmehr hätten die rechtlichen Ausführungen der Anwälte in den Entscheidungsgründen und zwar insoweit ihren Platz zu finden, als hier auf die Besprechung und Würdigung derselben einzugehen sei.

Die Würdigung der Beweisergebnisse aber gehöre überhaupt nicht in den Thatbestand und es sei daher auch in diesem nicht zu erwähnen, was die Parteien deshalb vorgetragen haben. Zu einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes, d. i. dessen, was von den Thatsachen bestritten sei, lasse sich diese Würdigung, — sie möge von den Parteien oder vom Richter ausgehen — nicht rechnen. Auch hier gelte dasselbe, was von den eigentlichen Rechtsdeduktionen gelte. Was die Parteien vorbringen, damit das Gericht die ihnen richtig scheinende Auffassung kennen lerne, gehöre nicht zu denjenigen Bestandtheilen der Verhandlung, welche im Thatbestande fixirt werden sollen.

Hiergegen ist indessen folgendes zu erinnern.

§. 284 der CPO. bestimmt allerdings nicht, daß auch Rechtsdeduktionen der Parteien in den Thatbestand aufgenommen werden sollen. Sie gehören auch an sich nicht in denselben. Denn ist der Thatbestand richtig aufgenommen, so liegt das Thatsächliche des Streitfalles, die etwa aufgenommenen Beweise und die Anträge der Parteien klar vor. Die Subsumtion des Falles unter die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen ist Sache des Richters, welcher bei Begründung seiner Entscheidung die rechtlichen Momente, die ihn zum Urtheile bestimmt haben, hervorheben muß und dabei Gelegenheit hat, die Rechtsdeduktionen der Parteien zu adoptiren oder zu widerlegen [1]).

Dies gilt indessen eben nur von den Rechtsdeduktionen im engeren Sinne, von den Ausführungen der Anwälte, welche dazu dienen sollen, die von ihnen geltend gemachte Rechtsauffassung näher zu motiviren. Ein Thatbestand, welcher derartige förmliche Rechtsdeduktionen mit aufnimmt, würde die ihm zugemessene Aufgabe überschreiten. Andererseits würde er aber dieser Aufgabe auch nicht genügen, wenn er überhaupt davon Abstand nehmen wollte, den Rechtsstandpunkt der Partei und ihrer einzelnen Be-

[1]) vgl. Bretschneider a. a. O. S. 366.

hauptungen auch nur im Allgemeinen zu kennzeichnen. Denn soll der Thatbestand eine Darstellung des Sach= und Streitstandes geben, so führt dieß nothwendig dazu, daß auch die in Klage und Vertheidigung geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte in gedrängter Weise mit berührt werden.

Mit dieser Auffassung stimmen denn auch, der Sache nach, die Ausleger des Gesetzes, welche auf diesen Punkt zu sprechen kommen, in der Mehrzahl überein.

So bemerkt Gaupp [2]):

„die Darstellung hat sich, von den Anträgen abgesehen, auf das thatsächliche Vorbringen, einschließlich des Ergebnisses der Beweiserhebungen zu beschränken, wobei jedoch eine Andeutung der rechtlichen Gesichtspunkte nicht ausgeschlossen ist."

Struckmann und Koch [3]):

„Rechtsausführungen gehören nicht hinein (in den Thatbestand); dagegen ist eine kurze Andeutung der streitigen rechtlichen Gesichtspunkte nicht ausgeschlossen."

Kleiner [4]):

„Rechtsausführungen der Anwälte bilden keinen Theil des Thatbestandes."

Petersen [5]):

„die rechtlichen Ausführungen der Parteien gehören nicht in den Thatstand."

Seuffert [6]):

„Rechtliche Ausführungen der Parteien gehören nicht in den Thatbestand."

Dagegen scheint Siebenhaar [7]) auch nur die blose Andeutung der rechtlichen Gesichtspunkte für unvereinbar mit dem Wesen und Begriff des Thatbestandes zu halten. Er sagt:

„der Thatbestand soll eine gedrängte Darstellung des Sach= und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien, unter Hervorhebung der gestellten Anträge (petita) geben. Er kann sich also nur auf die von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vorge=

---

[2]) zu §. 284 Bd. II S. 156.

[3]) IV. Aufl. S. 313.

[4]) II. Bd. S. 171.

[5]) Ed. II S. 480.

[6]) II. Ausg. S. 370 Bem. 4 a. E.

[7]) S. 322.

tragenen Thatsachen und gestellten Anträge beziehen. Erstere bilden den Sachstand, letztere den Streitstand. Jede Subsumtion der von den Parteien vorgetragenen Thatsachen unter Rechtsbegriffe und jedes Urtheil über die von denselben gestellten Anträge ist zu vermeiden."

Auch in diesem Punkte ist es von hohem Interesse, die Ansicht eines erfahrenen Praktikers kennen zu lernen.

von Streich führt aus [8]):

„der Thatbestand muß eine Darstellung des Sach- und Streitstandes geben. Dies schließt in sich, daß auch die in Klage und Vertheidigung geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte berührt werden. Kein Klagegrund und keine Einrede, kein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel darf also übergangen werden; aber es genügt, wenn deren thatsächliche Substanziirung im Wesentlichen aufgeführt, die daran geknüpfte rechtliche Argumentation aber nur angedeutet wird. **Wo darüber hinaus förmliche Rechtsdeduktionen** mit aufgenommen werden, ist die Aufgabe des Thatbestandes überschritten. Die rechtlichen Ausführungen gehören der mündlichen Verhandlung an, die Antwort darauf erhält die Partei in den Entscheidungsgründen des Urtheils. Ebenso wie von den Schriftsätzen sind solche Ausführungen auch von dem richterlichen Thatbestande fern zu halten. Die ganze Deduktion zu geben, ist, weil zu weitführend, in vielen Fällen nicht möglich, man beschränkt sich also erfahrungsmäßig auf einige magere allgemeine Sätze, mit denen wenig geleistet ist und in welchen die Partei ein sehr unvollkommenes Bild dessen erkennt, was sie in Wirklichkeit vorgetragen hat. Die richtige Behandlung ist dies nicht; richtiger und zweckmäßiger wird es sein, wenn der Thatbestand eines Civilurtheils zwar bestrebt ist, den Rechtsstandpunkt der Partei und ihrer einzelnen Behauptungen zu kennzeichnen, beziehungsweise verständlich zu machen, nicht aber auch solchen durch Aufnahme von Rechtsausführungen des Näheren zu motiviren [9])."

---

[8]) in Gruchot's Beiträgen S. 242; damit konform im Württemb. Gerichtsblatt S. 185.

[9]) Für die Richtigkeit der im Texte vertretenen Auffassung läßt sich vielleicht auch folgender Passus aus dem oben in §. 2 No. 8 angezogenen Urtheile des Reichsgerichts vom 4. Mai 1880 anführen: „Mit Recht rügt der Revisionskläger es als einen Mangel des Urtheils erster Instanz, daß in demselben der Vorschrift des §. 284 Z. 3 der CPO. zuwider eine Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervor-

Zweifellos ist die Würdigung der von den Parteien geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte in die Entscheidungsgründe des Urtheils zu verweisen. Diese Würdigung wird aber durch kurze, in den Thatbestand aufgenommene Andeutungen zweckmäßig vorbereitet und dadurch zugleich Weitschweifigkeiten vorgebeugt, welche außerdem leicht in den Entscheidungsgründen bei Beleuchtung der von den Parteien geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte vorkommen werden. Insbesondere wird dieser Fall im Berufungsverfahren eintreten, wenn die Parteiangriffe sich in der Hauptsache oder vielleicht sogar ausschließlich nur gegen die dem erstinstanzlichen Urtheile zum Grunde liegende Rechtsauffassung richten. Hier erfordert schon die gerechte Rücksichtnahme auf die Stellung der Anwälte, daß die von denselben zur Begründung oder Widerlegung des Rechtsmittels geltend gemachten Gesichtspunkte, sofern nicht deren Irrigkeit sofort zu Tage tritt, summarisch und im Auszuge der Darstellung des Thatbestandes einverleibt werden [10]).

---

hebung der gestellten Anträge nicht enthalten und daß auch aus dem Protokoll über die mündliche Verhandlung vom — nicht zu ersehen ist, in welcher Weise die Anwälte die gestellten Anträge begründet haben. Allein die auf diesen Mangel gestützte Revisionsbeschwerde ist nicht **begründet** rc." — Kroll: die Urtheile und Vota §. 29 S. 40 schließt principiell die rechtlichen Deduktionen auch nicht gänzlich aus. „Rechtsausführungen" — sagt er a. a. O. — „sind nur insofern kurz zu erwähnen, als es zum Verständniß des Zusammenhanges der thatsächlichen Ausführungen, zur Darstellung des Klaggrundes und der Einreden erforderlich ist. So dürfte das Wort „Streitstand" im §. 284 zu verstehen sein." Als Beispiele führt er an: Beklagter wendet ein, daß hier nicht die Bestimmungen des Titel 6 Theil I des Landrechtes, sondern die des Reichshaftpflichtgesetzes zur Anwendung kommen und daß hiernach die Klage, da sie erst im dritten Jahre nach der körperlichen Verletzung des Klägers angestellt, verjährt sei. Zur Begründung führt Beklagter an, daß zwar die neue Bahnstrecke noch nicht offiziell eröffnet war, daß aber auf derselben bereits seit dem 10. April 1878 Fahrzeuge mit Dampfkraft bewegt wurden. Vgl. Kroll a. a. O.

[10]) z. B. es handelt sich um Ersatz des Schadens, den der Beklagte als Pächter des jagdbaren Areals der Gemeinde X dem Kläger, welcher eine Waldparzelle besitzt, beim Ausgraben eines Dachses auf jener Parzelle (durch Zerschneidung der Wurzeln einer Anzahl von Bäumen) verursacht hat. Ueber die einschlagenden thatsächlichen Verhältnisse lag bereits in I^a Einverständniß vor. I^a weist die Klage ab, indem sie sich auf die präceptiven Vorschriften des (in Sachsen bestehenden) Jagdgesetzes v. J. 1864 ausschließlich bezieht. Hiergegen richtet der Kläger seinen Berufungsangriff. Er führt an: es sei nicht zutreffend, wenn von der vorigen Instanz für die Entscheidung der zwischen den Parteien bestehenden Streitfrage ausschließlich die Vorschriften des Jagdgesetzes als maßgebend

Daß die Angabe der von den Parteien gebrauchten **Beweismittel** in den Thatbestand gehört, folgt schon aus der Erwägung, daß die Parteien

---

erachtet worden seien. In den in §. — des Jagdgesetzes vom — erwähnten „Nutzungen" sei nicht, wie die vorige Instanz angenommen, die Vergütung für die bei Ausübung der Jagd erfolgten Beschädigungen der bejagdbaren Grundstücke mit enthalten. Vielmehr müsse darunter, ebenso wie unter dem in §. — jenes Gesetzes gebrauchten Ausdrucke „Entschädigung" der vom Jagdpachter zu entrichtende Pachtzins verstanden werden. Es komme Alles darauf an, ob Beklagter beim Dachsgraben ein ihm zustehendes Recht ausgeübt habe, ob also das Dachsgraben als ein dem Jagdausübungsberechtigten zustehender usus jenes Rechts oder aber als ein Mißbrauch des letzteren anzusehen sei. Diese Frage sei zu entscheiden im Sinne der zweiten Alternative. Denn der Jagdpachter habe zwar die Befugniß, Wild zu fangen und zu erlegen. Auch sei derselbe zur Besitzergreifung an dem von ihm erlegten Wilde berechtigt und dürfe zu angegebenen Zwecken die in fremdem Eigenthume befindlichen Jagdgrundstücke betreten; nicht aber sei es ihm gestattet, auch die Substanz des fremden Grund und Bodens zu benutzen oder zu verletzen. Ein derartiges Gebahren verpflichte ihn zum Schadenersatz. Der Dachs werde übrigens der Regel nach auf dem Anstande geschossen. Der Jäger lauere ihm auf und schieße ihn entweder früh, wenn er aus der Röhre hervortrete, oder später, wenn er in letztere zurückkehre. — Dem gegenüber macht (in der Berufungsinstanz) Beklagter geltend: das Jagdrecht stelle sich als eine nutzbare Gerechtigkeit an fremdem Grund und Boden dar. Es sei nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beantworten, ob der Jagdberechtigte durch eine Beschädigung eines einzelnen, zu dem betreffenden Jagdbezirke gehörigen Grundstückes einer Ueberschreitung seiner Befugnisse sich schuldig gemacht habe und deshalb schadensersatzpflichtig sei. Auch in gewöhnlichen Miethverhältnissen sei die Deterioration der vermietheten Sache eine Folge der miethweisen Benutzung derselben und habe der Vermiether die Deterioration des Gegenstandes des Miethvertrages bis zu einem gewissen Grade zu tragen. Eventuell berufe er sich auf das Gutachten eines Sachverständigen darüber: daß nach waidmännischer Anschauung und Uebung das Graben nach einem Dachse, wenn auch dabei einige Saug- und Seitenwurzeln der am Orte der Nachgrabung anstehenden Bäume verletzt würden, als eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd sich darstelle. Daß übrigens der Dachs auch geschossen werden könne, sei richtig. Vorstehender Fall ist der Praxis (einem landgerichtlichen Berufungsurtheile) entlehnt. Vgl. **Wengler's** Archiv 1881 S. 573 fg. Da nur die rechtliche Beurtheilung angefochten war, so mußten die vom Kläger gegen die Prima vorgebrachten Einwendungen allerdings ausführlicher wiedergegeben werden, als dies vielleicht bei einer andern Gestaltung der Sachlage erforderlich gewesen sein würde. Ein Thatbestand, welcher sich, in Betreff der Verhandlung in zweiter Instanz, auf die Bemerkung beschränkt hätte: die erste Instanz hat den Kläger mit der Klage kostenpflichtig abgewiesen. Dieses Ur-

verbunden sind, mit ihrem thatsächlichen Vorbringen zugleich Beweis dafür anzutreten und der Thatbestand rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert, insofern durch ihn allein der Nachweis darüber erbracht werden kann, ob und in welcher Weise von den Parteien Beweis angetreten wurde, es müßte denn durch Beweisbeschluß ein besonderes Verfahren angeordnet worden oder im Sitzungsprotokolle darüber eine Feststellung erfolgt sein [11]).

Die Angabe der Beweismittel im Thatbestande kann entweder so erfolgen, daß dieselbe unmittelbar an die Darstellung des thatsächlichen Vorbringens, welches dadurch bewiesen werden soll, angeschlossen wird, oder daß dieses thatsächliche Vorbringen, zumal wenn es umfangreicher ist, unter fortlaufenden

---

theil hat derselbe angefochten mit dem Antrage auf unbedingte Verurtheilung des Beklagten, während Letzterer Zurückweisung der Berufung verlangt, würde der erforderlichen Vollständigkeit entbehren. Im obigen Falle legte die Secunda bei ihrer confirmatoria entscheidendes Gewicht darauf, daß in der vom Jagdpachter bewirkten Nachgrabung des Dachses eine unpflegliche Ausübung des ihm eingeräumten Pachtrechtes nicht zu erblicken sei. Danach bedurfte es keines näheren Eingehens auf die sonstigen Ergebnisse der Berufungsverhandlung; vielmehr konnten diese auf sich beruhen. Hätte dagegen der Thatbestand des Berufungsurtheiles jede Andeutung hierüber vermissen lassen, so würde eine diesbezügliche Erörterung in den Urtheilsgründen nicht zu umgehen gewesen sein. Denn bei einer in letzteren gebrauchten Redewendung, etwa des Inhaltes: „alles, was sonst die Parteien noch angeführt haben, ist unerheblich," wäre nicht erkennbar geworden, welche Parteianführungen für unerheblich erklärt werden sollen. Es hätte mithin alsdann ein Fall vorgelegen, welcher dem in Gruchot's Beiträgen Bd. XXVI S. 738 referirten durchaus ähnlich gewesen wäre. Auch nach Ansicht Rocholl's (a. a. O. S. 168) ist der Rechtsstandpunkt der Parteien im Thatbestande (möglichst kurz) soweit anzugeben, als es zur Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses, auf welchen der Angriff oder die Vertheidigung gestützt wird, nothwendig erscheint; nur sei bei Redaktion des Urtheils die möglichste Präcisirung anzustreben. Der Thatbestand dürfe nicht darüber im Unklaren lassen, wie der Kläger seinen Anspruch individualisirt, auf welchen Rechtsgrund er die Klagthatsachen bezogen habe, um sein Petitum daraus herzuleiten, — oder welchen Rechtsgrund der Beklagte aus seinem Gegenvorbringen abstrahirt habe, um den Anspruch des Klägers zu beseitigen. Im Zweifel sei es jedenfalls zu empfehlen, eher etwas mehr zu thun, als gerade zur Individualisirung unumgänglich nothwendig erscheine.

[11]) vgl. Bretschneider a. a. O. S. 362. Die Redewendung im Thatbestande: „von den Parteien sind die aus den vorbereitenden Schriftsätzen ersichtlichen Beweismittel vorgebracht," ist nicht geeignet, eine Bezugnahme auf die nicht im Thatbestande erwähnten, in den Schriftsätzen unter Beweis gestellten Thatsachen zu ersetzen. U. d. RG. in Gruchot's Beiträgen Bd. 25 S. 1111.

Nummern zusammengestellt und am Schlusse dieser Darstellung unter Hinweis auf jene Nummern die Beweismittelliste folgt. Z. B. „zur Begründung ihres Rechtsmittels haben die Kläger zunächst geltend gemacht: die von ihnen an Dietz cedirten 2566 Mk. 43 Pf. habe dieser ihnen jetzt durch Urkunde vom 24. Juli / 11. August 1882 zurückabgetreten

> — diese Urkunde, siehe Bl. 12 f. der Oberlandesgerichtsakten O. I. 98/82 unter XVIII, ist vorgelesen und von der Beklagten anerkannt worden —."

Bezüglich der Schlußabnahme XIV (Bl. 73 f. der Landgerichtsakten Cg. —), welche sich übrigens auch auf die nach dem 10. Juli 1874 geleisteten Arbeiten beziehe, — was die Beklagte zugiebt — würden die Ingenieure K. und G. als Zeugen dafür benannt, daß 2c.; eventuell werde darüber, daß der Direktor der beklagten Gesellschaft den — Auftrag an K. und G. Namens der beklagten Gesellschaft ertheilt habe, der Eid angetragen. — Weiter haben die Kläger ausgeführt 2c. 2c.

> — hiefür wird aus den Privatakten des Rechtsanwalts B. in — die Aktennotiz Bl. 1 und das Circular an die Gläubiger der Kläger Bl. — vorgelegt, auch Abschrift dieser Aktennotiz zu den Oberlandesgerichtsakten überreicht. —

Indessen möchte dieser Art der Darstellung, welche, wenn es sich um ein vielgestaltiges Aktenmaterial handelt, leicht ermüdend wirkt, wohl folgende Fassung vorzuziehen sein:

> Beklagte macht geltend, den Besitzvorgängern des Klägers habe hinsichtlich der behaupteten Ersitzung der (streitigen) Parzelle No. 319b des Flurbuchs der redliche Glaube gefehlt.

Dann folgt die thatsächliche Begründung dieser Behauptung unter den fortlaufenden Buchstaben a. bis e. Zum Nachweise dieses von dem Kläger bestrittenen Vorbringens unter a. bis e. bezieht Beklagte sich:

> zu a. auf das vom Stadtrathe in P. geführte „Stadt-Kämmerei-Erbregister";
>
> zu b. auf die in Verwahrung der K. Bezirkssteuer-Einnahme zu P. befindlichen Kommissionsakten Lit. D Cap. II No. 106 und auf das bei der Finanz-Rechnungs-Expeditionsabtheilung für Steuersachen aufbewahrte alte Flurbuch für P., sowie
>
> auf das Zeugniß des Finanzkalkulators G. in D.;
>
> zu c. beantragt sie Herbeiziehung einer beglaubigten Abschrift, betreffend das Folium 1173 des Grundbuchs für P., sowie

zu d. und e. Einforderung der Akten, welche die Bezeichnung Tit. IX Lit. N. No. 39 tragen und beim Amtsgerichte P. sich befinden sollen, sowie der Ablösungsakten.

Dagegen besteht Meinungsverschiedenheit darüber, wie die Ergebnisse der Beweiserhebung in thatsächlicher Beziehung zu behandeln seien. Nach der Ansicht Einiger gehört diese Darstellung — abgesehen von der rechtlichen Beweiswürdigung, welche (als worauf später zurückgekommen werden wird) in den Entscheidungsgründen zu erfolgen hat — ebenfalls dem Gebiete der letzteren an, wogegen Andere auch die Darstellung der thatsächlichen Beweisergebnisse dem Thatbestande einverleibt wissen wollen.

Die früheren Partikulargesetzgebungen enthalten zum Theil hierüber besondere Vorschriften.

So z. B. die Hannover'sche CPO. Nach §. 356 Z. 4 muß das Urtheil enthalten:

„eine gedrängte Darstellung des dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatbestandes in Gemäsheit der Vorträge der Parteien, bez. des Ergebnisses der Beweisführung, unter Hervorhebung der Schlußanträge der Parteien, bez. des Staatsanwalts."

Eine gleiche Uebung hat auch in Württemberg bestanden und dort wohl auch auf gesetzlicher Grundlage beruht. Denn der unserem §. 284 seinem Inhalte nach ähnliche §. 370 der Württemb. CPO. rechnet zu den Erfordernissen des Urtheils (unter 4):

„eine gedrängte Darstellung des dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatbestandes 2c. 2c.,"

und Alin. 2 sagt weiter:

„bei Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf — — nicht ausgeschlossen. War dem Urtheile eine Beweisverfügung vorausgegangen, so ist auf den in der Beweisverfügung enthaltenen Thatbestand zu verweisen und daneben das Ergebniß der Beweisverfügung aufzunehmen [12])."

---

[12]) Die Auslegung dieser gesetzlichen Vorschrift hat bei den Württembergischen Gerichten zu verschiedenen Ergebnissen geführt. v. Streich a. a. O. (Gerichtsblatt S. 186) stellt es als zweifelhaft hin, ob nach den Vorschriften der dortigen CPO. die Aufnahme der Resultate einer Beweisaufnahme und insbesondere des Inhalts der Zeugenaussagen in den Thatbestand erforderlich gewesen sei. Indessen scheint die Bejahung dieser Frage aus §. 370 Alin. 2 wohl mit Grund gefolgert werden zu können. Thatsächlich ist nicht zu bestreiten, daß jene Vor-

Nach der Reichscivil-Prozeßordnung muß die Frage als eine offene bezeichnet werden. Denn §. 284 giebt keine klare Maße darüber, ob das Ergebniß einer etwaigen Beweisaufnahme im Thatbestande des Urtheils zu erwähnen sei; im Gegentheil wird die blose Bezugnahme auf die Protokolle über Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen als zulässig bezeichnet werden müssen. Dies folgt einestheils aus dem Schlußsatze des §. 284: „bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf — die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen," anderntheils aus §. 146 Z. 3, wonach zu den im Sitzungsprotokolle zu bewirkenden Feststellungen auch gehören „die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihren früheren Aussagen abweichen."

Wenn schon hiernach zwar im Thatbestande die blose Verweisung auf die Zeugen- und Sachverständigen-Protokolle im Prinzipe nicht ausgeschlossen ist, so sprechen doch überwiegende Gründe dafür, von dieser Befugniß nur möglichst sparsamen Gebrauch zu machen. Einen Fingerzeig giebt in dieser Beziehung zunächst schon das Gesetz selbst. Es heißt in §. 147:

> „die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe."

Unterbleibt in Fällen dieser Art im Thatbestande die Feststellung des Resultats der Beweisaufnahme, so würde es für die darauf gegründete richterliche Ueberzeugung, deren Motive gemäs §. 259 Abs. 2 anzugeben sind, an jeder sicheren Unterlage fehlen. Ueberhaupt aber ist der Richter ohne Feststellung des Ergebnisses der über eine bestrittene Parteibehauptung stattgefundene Beweisaufnahme nicht in der Füglichkeit, seine Entscheidung gehörig

---

schrift in Württemberg in diesem allgemeineren Sinne verstanden und demgemäß auch in der Praxis gehandhabt worden ist. Freilich hat die nur gedachte Uebung — nach dem Zeugnisse desselben bewährten Praktikers — zu wenig empfehlenswerthen Ergebnissen geführt, insofern dadurch den Thatbeständen der Civilurtheile eine „manchmal erschreckende Dickleibigkeit" gegeben worden ist. Indessen scheint dies wieder auf die Art der Handhabung der gesetzlichen Vorschrift zurückgeführt werden zu müssen. Denn zugegeben ist, daß, wenn der Urtheilsverfasser sich keine weitere Mühe giebt, als die Depositionen der Zeugen im Thatbestande einfach wörtlich zu inseriren, bez. sie ganz abzuschreiben, dies allerdings auf eine völlig zwecklose Vermehrung des Aktenmaterials hinauslaufen würde.

zu begründen. Diese Feststellung bildet damit eine wesentliche Unterlage der Entscheidung. Sie gehört aber naturgemäß, da es sich eben um Thatsachen handelt, in den Thatbestand, nicht in die Entscheidungsgründe. Wollte man sie lediglich in das Gebiet der letzteren verweisen, so würde dies leicht zu demselben Uebelstande führen, welcher durch die Fernhaltung jener Feststellungen aus dem Thatbestande vermieden werden soll. In dem Maße nämlich, in welchem die „Dickleibigkeit des Thatbestandes" vermieden werden würde, würde andererseits der die Rationen enthaltende Theil des Urtheils an Ausdehnung gewinnen. Sind aber die Beweisergebnisse im Thatbestande zusammengestellt, so wird alsdann zunächst in den Entscheidungsgründen die Bezugnahme auf jene Feststellungen genügen und daran ohne Weiteres die rechtliche Beurtheilung derselben geknüpft werden können. Unter diesem Gesichtspunkte wird sich auch nicht einwenden lassen, daß die Extrahirung der Zeugenaussagen eine „mühselige und nur geringen praktischen Werth habende Zwangsarbeit für die Gerichte" sei. Allerdings wird der in höherer Instanz urtheilende Richter, in dem Falle, wenn im erstinstanzlichen Thatbestand die Zeugenaussagen im Auszuge aufgenommen sind, nicht auf einen solchen Auszug hin verhandeln lassen und entscheiden, wie denn auch die Parteianwälte es vorziehen werden, in der Berufungsverhandlung die Vernehmungsprotokolle selbst zum Vortrage zu bringen. Allein immerhin gehört die Darstellung der Beweisergebnisse, da auch sie im weiteren Sinne unter den Sach- und Streitstand fallen, wie es sich am Ende des Verfahrens in der Instanz herausgestellt hat, zum Erfordernisse der Vollständigkeit des Thatbestandes[13]). Soll auch der Thatbestand nicht die Akten des früheren schriftlichen Prozesses ersetzen, so besteht doch der ihm in der Prozeßordnung zugewiesene Zweck in einer vollständigen Darstellung des Sach- und Streitstandes.

Ein Beispiel möge auch hier das Verhältniß illustriren. Es handelt sich in concreto um den Ersitzungsbeweis einer Dienstbarkeit, zu deren Beweise eine große Anzahl Zeugen vernommen worden sind. Enthält hier der Thatbestand eine, wenn auch gedrängte, doch erschöpfende Wiedergabe der Zeugenaussagen, so wird der Urtheilsverfasser sich in den Entscheidungsgründen auf eine kurze Rekapitulirung jener früheren Feststellungen beschränken und sagen können: wie aus den im Thatbestande enthaltenen Feststellungen erhellt, wird von den Zeugen I. II. III. die Ausübung der Dienstbarkeit Seiten des Klägers bez. der Vorgänger desselben im Eigenthum des Grundstücks auf die Jahre vom 1820—1860, von den Zeugen IV. V. VI. auf einen weiteren Zeitraum von — Jahren bestätigt, es ist somit den an einen Ersitzungsbeweis der vorlie-

[13]) vgl. von Streich: bei Gruchot S. 247.

genden Art nach §. ... des bürg. Gesetzbuchs (für Sachsen) zu stellenden Erfordernissen genügt.

Zugleich wird aber dadurch für die Rechtsanwälte der Vortheil gewonnen, daß sie der Nothwendigkeit überhoben sind, sich die oft mit großem Zeitaufwande verbundenen Abschriften der Vernehmungsprotokolle vom Berufungsgerichte zu erbitten und sie darauf sich beschränken können, das im Thatbestande enthaltene diesbezügliche Resumé, soweit nöthig, nach jenen Vernehmungsprotokollen, welche sie vorher beim Gerichte einsehen zu kontroliren, den Vortrag der Beweisergebnisse selbst aber in der mündlichen Verhandlung aus den ihnen vom Vorsitzenden überlassenen Originalprotokollen zu bewirken.

Selbstverständlich bedarf es alsdann im Thatbestande des Berufungsurtheils keiner nochmaligen Wiedergabe der erstinstanzlichen Beweisresultate, es müßte denn an letzteren durch eine anderweit in der Berufungsverhandlung verfügte Beweisaufnahme eine Aenderung eingetreten sein, z. B. es hätten wiederholt vernommene Zeugen ihre früheren Aussagen in wesentlichen Punkten modifizirt.

Die Ansicht, daß die Beweisergebnisse, da sie im weiteren Sinne zu dem Sach- und Streitstande gehören, wie es sich am Ende des Verfahrens in der Instanz herausgestellt hat, in den Thatbestand aufgenommen werden müssen, wird denn auch von der Mehrzahl der Kommentatoren sowie der diesen Gegenstand behandelnden Schriftsteller bejaht [14]).

---

[14]) Endemann II S. 118; Struckmann und Koch S. 313 Anm. 3 (Ed. IV) Seuffert S. 369 Anm. 4 (Ed. II); Gaupp: II. Bd. S. 156; Bretschneider a. a. O. S. 363; von Streich: in Gruchot's Beiträgen S. 247 §. 5. So auch Bünger: inwieweit ist dem in erster Instanz festgestellten Thatbestande fortwirkende Kraft in der Berufungsinstanz beizulegen? in Busch's Zeitschrift Bd. IV S. 352 f., insbes. S. 356. Eine andere, später zu erörternde Frage ist freilich die, ob die Beweisregel des §. 285 (wonach der Thatbestand des Urtheils rücksichtlich des „mündlichen Parteivorbringens" Beweis liefert), auch bezüglich der in den Thatbestand des Urtheils aufgenommenen sonstigen Konstatirungen, z. B. der Aussagen von Zeugen und Sachverständigen zu gelten hat. Diese Frage ist zu verneinen. S. auch Seuffert Anm. 4 zu §. 285 S. 371 Ed. II. Nur insoweit greifen die Beweisregeln des §. 285 auch hier wieder ein, als das Ergebniß einer Beweisaufnahme dem Gerichte von den Parteien in Gemäßheit §. 258 Abs. 2 vorgetragen werden muß, also bei Beweisaufnahmen, welche durch den beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt sind, und es sich um die Thatsache handelt, daß und wie diese Beweisergebnisse zum Vortrage gelangten. Abweichender Meinung ist Bülow in Busch's Zeitschr. Bd. 4 S. 338; er giebt zwar zu, daß es sich im einzelnen Falle aus

Von diesem als Regel anzusehenden Satze wird eine Ausnahme angezeigt erscheinen in den Fällen, in welchen die Beweisergebnisse zu Zweifeln Anlaß geben und daher eine Interpretation derselben sich erforderlich macht, z. B. darüber, wie sich die Aussagen eines und desselben Zeugen mit einander vereinigen lassen. Die Erörterung solcher Zweifel gehört nicht in den Thatbestand, sondern in die Begründung; in dem ersteren ist daher alsdann nur eine kurze Skizze der Zeugendeposition zu geben.

Ueberhaupt gehört in den Thatbestand nur die Relation des Ergebnisses der Beweisführung, nicht auch die Würdigung dieses Ergebnisses.

Die Erörterung und Feststellung der Frage, welche Thatsachen durch den erhobenen Beweis als erwiesen anzusehen sind, d. i. also die eigentliche Beweiswürdigung fällt dem Gebiete der Entscheidungsgründe anheim[15]); dies folgt auch aus der Vorschrift in §. 259 CPO., welche dem Richter die Pflicht auferlegt, in dem Urtheile die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung bei Prüfung der Beweisergebnisse leitend gewesen sind.

Zum Zeugenbeweise wird es daher insbesondere nicht nöthig sein, daß im Thatbestande derjenigen Einwendungen Erwähnung geschehe, welche die Parteien gegen die persönliche Glaubwürdigkeit eines abgehörten Zeugen in der mündlichen Verhandlung vorgebracht haben; vielmehr wird es genügen, wenn aus den Entscheidungsgründen erhellt, daß der Richter sein Urtheil über

---

dem Grunde übersichtlicher Darstellung des gesammten Streitstoffes empfehle, das Resultat der Beweisaufnahme, insonderheit die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen dem Thatbestande einzufügen; allein er verneint, daß jene Darstellung in den Kreis der im Thatbestande zu bewirkenden Beurkundung amtlicher Wahrnehmung falle. Allerdings schreibt, wie unten in §. 9 gezeigt werden soll, die CPO. für gewisse Prozeßakte eine besondere Beurkundung vor, welche außerhalb des Thatbestandes erfolgen muß und daher, wenn sie gleichwohl nur im Thatbestande erfolgt wäre, jene besondere Beurkundungsform wirksam nicht zu ersetzen vermöchte. Indessen wird hieraus nicht so ohne Weiteres die Absicht des Gesetzgebers gefolgert werden können, die gleichzeitige Aufnahme dieses besonders zu verlautbarenden Prozeßstoffes in den Thatbestand für unzulässig bez. für entbehrlich zu erklären. Die Frage, was in den Thatbestand des Urtheils aufzunehmen sei, um dem in §. 284 No. 3 vorgeschriebenen Erfordernisse einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes zu genügen, ist von der vorhin gedachten Formalvorschrift unabhängig. Abw. M. Rocholl a. a. O. S. 164 fg. Kroll: Urtheile S. 43 läßt die Streitfrage, ob die Beweisergebnisse im Thatbestande vorzutragen oder mit der Begründung zu verbinden seien, unentschieden und giebt den Referendaren den Rath, die bei dem betreffenden Kollegium herrschende Praxis zu befolgen.

[15]) vgl. auch v. Streich a. a. O. S. 248; Bünger a. a. O. S. 356. Für

die Glaubwürdigkeit der Zeugen aus der mündlichen Verhandlung geschöpft hat [16]).

Nicht zu billigen würde es sein, wenn die Reproduktion der Zeugenaussagen im Thatbestande sich darauf beschränkte, daß diese Depositionen einfach abgeschrieben bezw. ihrem Wortlaute nach der Darstellung im Thatbestande inserirt werden. Vielmehr ist auch in dieser Beziehung das Erforderniß einer „gedrängten Darstellung" festzuhalten [17]).

Daß die Wiedergabe dieser Depositionen unter allen Umständen in indirekter Rede erfolgen müsse [18]), läßt sich im Allgemeinen nicht als Regel aufstellen; vielmehr hat hierunter das Ermessen des Urtheilsverfassers zu entscheiden; in manchen Fällen wird auch der Wortlaut der Zeugenaussage selbst durchschlagendes Gewicht äußern und die Wiedergabe in direkter Rede (Zeuge X. hat gesehen, daß —; nach dem gutachtlichen Ausspruche des Sachverständigen ist die Verletzung so), den Vorzug verdienen, bezw. wenigstens die Abwechselung zwischen direkter und indirekter Rede für den Leser und in höherer Instanz für den Hörer bei Vortrag des Thatbestandes wohlthuend wirken.

Bei sehr umfangreichen und dabei durchgängig erheblichen Zeugenaussagen wird sich eine Verweisung auf die einschlagenden Protokolle empfehlen [19]).

---

die Entscheidung des Revisionsgerichts ist, wie Ersterer a. a. O. sehr richtig hervorhebt, Angesichts der Vorschrift in §. 524 der CPO. von größter Wichtigkeit, ebensowohl, daß der Thatbestand des Berufungsgerichts klar und vollständig ist, als daß auch dessen Entscheidungsgründe keinen Zweifel darüber aufkommen lassen, ob und was bezüglich der Beweisfragen festgestellt werden sollte.

[16]) vgl. Urtheil des RG. oben §. 2 unter 11.

[17]) Aus besonderen Gründen kann sich eine möglichst an den Wortlaut anschließende Reproduktion der Zeugenaussagen im Thatbestande des Urtheils erforderlich machen. So waren in einem Falle, wo vor dem Berufungsgerichte Zeugen und Sachverständige vernommen wurden, die darüber aufgenommenen Protokolle abhanden gekommen, sie konnten bis zur Verkündung des Urtheils nicht wieder erlangt werden. Hier wurden im Thatbestande des Berufungsurtheils die Ergebnisse der Zeugenvernehmungen ausführlich reproduzirt mit der einleitenden Bemerkung: nach der Erinnerung der Richter haben die Zeugen und der Sachverständige ausgesagt: sie haben zunächst sämmtlich verneint, daß sie mit dem Beklagten oder mit dem Kläger verwandt oder verschwägert seien; 1. der Zeuge N., evangelischer Religion, einige 30 Jahre alt, hat angegeben u. s. w. (Wiedergabe in indirekter Redeweise).

[18]) Kroll a. a. O. S. 43.

[19]) vgl. CPO. §. 284 f., verbunden mit §. 146 No. 3, 4. S. auch Kroll a. a. O.

In sogen. Punktensachen (vgl. CPO. § 313) sind die Aussagen dergestalt nach den einzelnen Streitpunkten zu ordnen, daß die Aussagen desselben Zeugen an verschiedenen Stellen ihren Platz finden[20]).

§. 6.

Fortsetzung. Beweis durch Sachverständige, Augenschein, Urkunden.

Das im vorigen §. über den Zeugenbeweis Bemerkte gilt auch vom Beweise durch Sachverständige.

Bei Grenzstreitigkeiten und anderen Sachen, für deren Beurtheilungen die obwaltenden lokalen Verhältnisse eine besondere Bedeutung gewinnen, hat eine möglichst genaue Beschreibung der Lokalität unter Hinweis auf etwa vorhandene Karten oder Zeichnungen zu erfolgen; auch ist das Ergebniß der Einnahme des Augenscheins in den wesentlichen Punkten dem Thatbestande einzuverleiben[1]). In verwickelten Sachen muß auch hier die Verweisung auf die Protokolle, bezw. die bei den Akten befindlichen Zeichnungen genügen, da es nicht angemessen und in vielen Fällen auch ganz unausführbar sein würde, in die Darstellung des Thatbestandes eine selbständige Zeichnung aufzunehmen; vielmehr ist dann im Thatbestande beispielsweise zu sagen: Die Lage und Identität (der streitigen Parzelle) ist durch die Bl. — und Bl. — der landgerichtlichen Akten — ersichtlichen Menselblattcopieen veranschaulicht und durch gerichtlichen Augenschein, sowie sachverständiges Gutachten festgestellt.

Aehnlich ist in dem Thatbestande eines Berufungsurtheils folgende, (auch für den erstinstanzlichen Thatbestand verwendbare) Redewendung gebraucht: „Die von der Klägerin beantragte Einnahme des Augenscheins und Einholung eines sachverständigen Gutachtens ist durch das vom Berufungsgerichte dazu beauftragte Amtsgericht L. erfolgt, dessen in der Verhandlung vom 21. December 1882 vorgetragenes Protokoll vom 11. November 1882 nebst der durch den zugezogenen Bausachverständigen entworfenen, dem Berufungsgerichte vorgelegten Situationszeichnung über das Ergebniß des erledigten Beweisfahrens Auskunft giebt." (Die kritische Beleuchtung des daraus sich ergebenden Beweismateriales würde dann in den Entscheidungsgründen folgen).

Einige weitere Beispiele mögen dies erläutern. Es ist eine actio negatoria angestellt von dem tiefer gelegenen Grundstücksbesitzer gegen den mit

---

[20]) Kroll a. a. O.

[1]) vgl. auch Kroll: S. 41.

seinem Grundstücke höher liegenden, weil von dem letzteren Grundstücke nach dem tiefer zu gelegenen Jauche und sonstige unreine und übelriechende Flüssigkeiten abfließen. Nach der konkreten Sachlage kann hier im Thatbestande gesagt werden:

„Unbestrittener Maßen ist der Kläger Eigenthümer des Bauerngutes, Folium 1. des Grund- und Hypothekenbuches für Gillersdorf, Beklagter aber Eigenthümer des Rittergutes daselbst, die Gehöfte beider Grundstücke liegen — wie aus dem gerichtlichen Besichtigungsprotocolle vom 8. April 1881. (Bl. — der — Akten — Vol. I) und aus der Handzeichnung Bl. — ibid. näher ersichtlich ist — an der dasigen Dorfstraße und nur durch diese getrennt, sich dergestalt gegenüber, daß das Terrain, auf welchem sich die Besitzungen der Parteien befinden, vom Rittergute nach dem Gute des Klägers hin stetig abfällt, letzteres also tiefer als das Rittergut gelegen ist, so daß nach den natürlichen Bodenverhältnissen Wasser und sonstige Flüssigkeiten, welche von dem Rittergute herkommen oder dort sich ansammeln oder erzeugt werden, ihren Abfluß zunächst in der Richtung nach Klägers Gut hin nehmen müssen."

Oder: es macht Kläger einen Ersatzanspruch geltend, gestützt auf die Behauptung, daß sein Hausgrundstück Schaden erlitten habe durch das Eindringen von Wasser, welches in Folge eines Bruches an einer dem Beklagten gehörigen Rohrleitung aus der letzteren entflossen sei.

„Nach dem in der mündlichen Verhandlung erklärten Einverständnisse der Parteien (oder im Thatbestande eines Berufungsurtheils: nach dem in der mündlichen Berufungsverhandlung vorgetragenen Thatbestande des Urtheils erster Instanz) sind die Kläger Eigenthümer des Hauses No. 2. der — Straße in Dresden, die Beklagte ist Eigenthümerin des unmittelbar anstoßenden Hauses No. 1 der nämlichen Straße. Im letzterem Hause befindet sich eine mit der städtischen Wasserleitung in Verbindung stehende Rohrleitung. Ein Theil dieser Rohrleitung liegt unter dem Fußboden des Kellers in der Nähe der die beiden Grundstücke trennenden Brandmauer. Dieser Theil der Rohrleitung ist seiner Zeit durch die städtische Wasserbaubehörde gelegt worden, steht im unmittelbarer Verbindung mit dem unter der Straße liegenden Hauptrohre der städtischen Wasserleitung und gehört in der Länge von $^3/_4$ Meter vom Hauptrohre aus bis zu dem die Privatrohrleitung schließenden Ventile der Stadt, weiter aber der Beklagten eigenthümlich. Mitte September 1881 ist ein Bruch dieses unter dem Fußboden des Kellers liegenden Wasserleitungsrohres erfolgt, und zwar hinter dem Ventil von der Straße aus gesehen, also an einer Stelle, wo das Rohr

der Beklagten gehört. Das Wasser ist an der Bruchstelle mehrere Tage lang ausgeflossen, hat sich einen Ausgang nach unten gesucht, ist durch die Scheidemauer in das Grundstück der Kläger gedrungen und hat hier Schaden verursacht. Nachdem von Beamten des städtischen Wasserwerkes durch Schließen der Ventile der in beiden Häusern befindlichen Wasserleitungen konstatirt worden war, daß die Bruchstelle sich in dem Grundstücke der Beklagten befinde, hat die Letztere die Reparatur derselben unverweilt bewirken lassen."

Besonders wichtig, aber auch schwierig ist es in Haftpflichtsachen, eine gedrängte Beschreibung der einschlagenden faktischen Verhältnisse zu geben, welche dem Leser des Thatbestandes die Füglichkeit gewährt, sofort ein klares Bild von der Sache sich zu machen.

Zur Illustration diene folgender status causae:

„Die Parteien haben sich in der mündlichen Verhandlung über folgendes einverstanden erklärt.

Die Beklagten besaßen während des ganzen Jahres 1880 und auch schon früher ein in X. gelegenes Dampfsägewerk, in welchem unter Anderen vermittelst eines Kreissägeapparates Bretter in lange Streifen zerschnitten werden. Dies geschieht — wie die zur Vorlegung gelangte und aus dem Bl. — der Landgerichtsakten ersichtlichen Sachverständigen-Gutachten erläuterte Zeichnung Bl. — besagter Akten des Näheren an die Hand giebt — in der Weise, daß die Bretter auf eine lange Bank, aus welcher die Kreissäge herausragt, gelegt und unter Andrückung gegen die der Bank entlang auf deren einer Seite hinlaufende Leiste, die sogenannte Lehre, (behufs Erzielung eines gleichmäßigen Schnittes) gegen die Kreissäge geschoben werden. Der den Gang des Brettes leitende Arbeiter, welcher auf der der Leiste entgegengesetzten Seite der Bank steht und hierbei das Brett von rechts nach links vorwärts schiebt, hat dasselbe zugleich fest auf die Bank aufzudrücken, demgemäß aber die Hände in der Weise zu gebrauchen, daß er mit der linken das Brett an der von der Leiste abgewendeten, nach ihm selbst zu, über den Rand der Bank herausragenden Seite anfaßt und die rechte Hand etwa auf der Mitte des Brettes aufliegen hält. Diesem Arbeiter steht als untergeordneter Gehülfe ein zweiter zur Seite, welcher die durchschnittenen Theile der Bretter zu halten und die Thätigkeit des Hauptarbeiters durch Ziehen an diesen Bretttheilen zu unterstützen hat.

Am 9. November 1880 schnitt der Kläger in der beschriebenen Weise mit dem ihm vom Beklagten beigegebenen Gehülfen X. eichene Bretter.

Bei dieser Arbeit ist er an der rechten Hand derart verletzt worden, daß er dieselbe nicht mehr gehörig brauchen kann; mit Ausnahme des kleinen Fingers sind die Finger der Hand krumm und steif geheilt. Die Verletzung ist in der Weise vor sich gegangen, daß in dem Augenblicke, wo das zu durchschneidende Brett von der Kreissäge vollends zerschnitten worden ist, wo also der Gegendruck des Brettes gegen die Säge aufgehört hat, sowohl X. fortgezogen, als auch der Kläger noch geschoben, hierdurch aber der Kläger das Gleichgewicht verloren hat, mit dem über die obenerwähnte Bank hervorragenden Oberkörper nach vorn, nach der Kreissäge zu gefallen und mit der rechten Hand in horizontaler Richtung in die Säge hineingerathen ist.

Ueber die Säge ist zwar damals ein von oben herabzulassender Kasten, in Form eines Kreisabschnitts gedeckt gewesen, der das Hineingreifen in die Säge von oben hinderte; diese Schutzhaube hat aber nur soweit herabgereicht, daß zwischen ihr und dem 27 mm starken Brette noch ein mindestens 63 mm hoher, freier Zwischenraum sich befand, innerhalb dessen sich die Hand des Klägers ungehindert nach der Säge zu bewegen konnte.

Der Kläger behauptet nun, daß der bezeichnete Unglücksfall auf eine Verschuldung des Beklagten zurückzuführen sei &c."

Zweifelhafter ist die Art und Weise der Behandlung von Urkunden. Bei Ansprüchen, welche auf Urkunden gestützt werden, wird es genügen, diejenigen contenta derselben in den Thatbestand aufzunehmen, auf welche die Parteien selbst wesentliches Gewicht legen; es sind aber alsdann die betreffenden Stellen der Urkunde thunlichst ihrem Wortlaute und in ihrem Zusammenhange wiederzugeben, während der übrige Inhalt nur insoweit kurz anzudeuten ist, als das Verständniß des Streitverhältnisses es erfordert.

In anderen Fällen kann es zweckmäßig erscheinen, den Inhalt der Urkunden ganz oder theilweise mit der Darstellung der von den Parteien daraus hergeleiteten Ansprüche zu verbinden [2]).

---

[2]) vgl. Kroll a. a. O.

Erstes Beispiel.

(Es handelt sich um Ansprüche, welche der Versicherte gegen eine Versicherungsgesellschaft auf Grund des mit derselben abgeschlossenen Vertrags geltend macht).

„Die Klägerin, Inhaberin eines Obstgeschäftes in X, hat im November 1879 das ihr gehörige, in dem Grundstücke No. 12 der dortigen Klostergasse befindliche Mobiliar nach Höhe von 7260 Mk. — bei der verklagten Gesellschaft versichert. Maßgebend für das hiedurch zwischen den Parteien entstandene Vertragsverhältniß ist der Inhalt der über diese Versicherung ausgestellten Police vom 22. gedachten Monats, welcher die allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgedruckt sind und in welcher die Versicherung unter eben diesen Bedingungen und ausdrücklicher Bezugnahme auf eine Mehrzahl Paragraphen der „Ausführungsverordnung vom 20. November 1876 (d. i., wie unbestritten, der K. Sächs. Verordnung zu dem Gesetze vom 28. August 1876, das Mobiliar- und Privat-Feuerversicherungswesen betr.), insbesondere §§. 34 und 35 ausgesprochen ist. Diese Police ist nebst dem mit ihr verbundenen Versicherungsantrage der Klägerin vorgelegt und deren Inhalt vorgetragen, insbesondere sind aus den vorgedachten allgemeinen Bedingungen die §§. 6, 7, 8, 11 und 13 vorgelesen worden. Danach hat sich die Versicherung zu No. 11 und 12 des der Police einverleibten Verzeichnisses der versicherten Objekte erstreckt auf „11: Möbel, Buden, Marktkisten, Wägen, Gewichte, Gemäße = 800 Mk.," ferner „12: Körbe, Kisten und Leitern zum Handel = 2320 Mk. —," insgesammt Gegenstände, welche nach dem Versicherungsantrage der Klägerin in einer von ihr mitbenutzten Niederlage im Oberstocke des zu gedachtem Grundstücke gehörigen Stallgebäudes (Buchstabe D. der dem Versicherungsantrage beigefügten Situationszeichnung) aufbewahrt wurden.

In §. 11 der allgemeinen Versicherungsbedingungen ist der Klägerin die Verpflichtung auferlegt, eine spezielle Nachweisung der zur Zeit des Brandes vorhanden gewesenen, der verbrannten oder verlorenen und der beschädigt, sowie unbeschädigt geretteten beweglichen Gegenstände gewissenhaft anzufertigen und innerhalb 14 Tagen dem Agenten einzureichen; es darf darin weder ein nicht vorhanden gewesener Gegenstand als verbrannt oder verloren angegeben, noch das Vorhandensein eines geretteten Gegenstandes verschwiegen sein. Wenn der Versicherte sich einer nach §. 11 unerlaubten Angabe oder Verschweigung schuldig macht, soll er nach §. 13 derselben Bedingungen jeden Anspruch auf Ent-

schädigung verlieren, und zwar für alle an dem betreffenden Brande betheiligten Versicherungen.

In der Nacht vom 10. zum 11. Januar 1880 ist in der erwähnten Niederlage Feuer ausgebrochen und ein Theil der von der Klägerin darin verwahrt gewesenen Gegenstände verbrannt, bezw durch Feuer beschädigt worden. Ein Verzeichniß der angeblich verbrannten Sachen, mit speziellen Werthsangaben versehen von der Klägerin und deren Ehemann, Friedrich G., vollzogen, ist dem Agenten der Beklagten N., rechtzeitig zugegangen und zwar durch den dieserhalb mit Auftrag versehenen Ehemann der Klägerin.

Das vorgelegte und vorgetragene Original dieses Verzeichnisses befindet sich Bl. — der vor dem Landgerichte X. wider den gedachten G. wegen versuchten Betruges ergangenen Untersuchungsakten. Ebenso hat G. auch ein Verzeichniß der angeblich geretteten Sachen rechtzeitig überreicht."

Zweites Beispiel.

(Es handelt sich in concreto um die Frage, ob gehörig in Gemäßheit der Vorschrift in Art. 347 des Hgbuches die Waare zur Verfügung gestellt worden sei; es kommt vornehmlich auf den Inhalt der darüber geführten Korrespondenz an).

„Die Parteien sind einverstanden, daß die Beklagten am 19. December 1881 von der Klägerin auf käufliche Bestellung Eichenholz-Möbel, und zwar einen Damenschreibtisch zum Preise von 165 Mk., einen Vertikov zum Preise von 157 Mk. und einen Tisch zum Preise von 95 Mk. — geliefert erhalten haben.

Diese Möbel sind der Klägerin von den Beklagten zur Verfügung gestellt worden.

Zuvörderst haben dieselben der Ersteren mittels Briefes vom 4. Januar 1882 — Anlage VI — angezeigt, daß der Empfänger der Möbel, dem sie dieselben weiter verkauft hätten, sich weigere, solche zu behalten, und daß darauf der Theilhaber der verklagten Firma, G., bei diesem die Möbel besichtigt und hierbei wahrgenommen habe, daß von dem Vertikov und dem Damenschreibtisch die Blätter, von dem Tische aber die Füße und die Verbindungsrose mehrfach gesprungen seien. Diese Zuschrift der Beklagten an die Klägerin enthält die Aufforderung, die Letztere möge Jemanden nach Leipzig schicken, um sich von der Beschaffenheit der Meubles zu überzeugen und zu berathschlagen, was zu thun sein würde, um dem Käufer derselben gerecht zu werden, und schließt mit der Erklärung der Beklagten, daß sie der Klägerin, wie

dieser einleuchten werde, vor Regelung der Angelegenheit keine Deckung geben könnten.

Diese Zuschrift der Beklagten beantwortete die Klägerin mittels Briefes vom 5. Januar 1882 — Anlage III. — In diesem Briefe lehnte sie es ab, zur Besichtigung der Möbel Jemand nach Leipzig zu senden, berief sich darauf, daß dieselben der Beklagten in gutem Zustande übersendet worden seien und daß, wenn sich bei deren Kunden Fehler herausgestellt hätten, sie dafür nicht aufkommen könne und schlug den Beklagten vor, zwei bis drei Mark daran zu wenden, um die Möbel ausbessern zu lassen, erbot sich auch, die Reparatur selbst ausführen zu lassen, wenn die Beklagten ihr die Möbel frachtfrei nach Berlin senden würden.

Die Beklagten entgegneten der Klägerin darauf unter dem 7. Januar 1882 — vgl. die Anlage IV, — daß sie sich nunmehr veranlaßt sähen, derselben einfach zu erklären, „daß sie ihr die Möbel wegen der sich an derselben gezeigten Sprünge und Risse gegen Entschädigung des ihnen durch deren Rücknahme entstandenen Verlustes zur Verfügung stellten." Unter dem 7. Februar 1882 hat sodann noch Rechtsanwalt X. zu Leipzig in einer, von der verklagten Firma mitunterzeichneten Zuschrift — vgl. die Klaganlage VII — die Klägerin unter Einräumung achttägiger Frist zur Lieferung tadellos guter Stücke an Stelle der fehlerhaft gelieferten Möbel mit dem Eröffnen aufgefordert, daß G. und B. (Inhaber der beklagten offenen Handelsgesellschaft) von dem Kaufvertrage so, als wenn derselbe nicht geschlossen worden wäre, abgehen und die Möbel für Rechnung und Gefahr der Klägerin einem Leipziger Spediteur übergeben würden.

Am 15. Februar 1882 sind die Möbel von den Beklagten der Verwaltung des städtischen Lagerhofes zu Leipzig zur Aufbewahrung übergeben worden. Dort befinden sie sich noch."

Drittes Beispiel.

(Die Parteien hatten sich auf Nachlaßakten bezogen).

„Antragsgemäß sind die —schen Nachlaßakten von dem Amtsgericht Leipzig herbeigezogen worden. Die Beklagte hat daraus in der Schlußverhandlung die Protokolle Bl. — und Bl. — über die Testamentspublikation, das Nachlaßverzeichnis Bl. —, das Auktionsprotokoll Bl. — mit Anhang Bl. — und die Registraturen Bl. — und Bl. vorgetragen. Von Seiten des Klägers ist dagegen noch auf die Bl. — dieser Akten anzutreffende Vereinbarung der Beklagten mit dem —schen

Nachlaßvertreter, welche ebenmäßig mit zum Vortrage gelangt ist, hingewiesen worden.

Die von der Beklagten (in der Verhandlung) überreichten Schuldtitel ergeben für den 12. Dezember 1881 Forderungen der Ersteren an O. im Betrage von 3000 Mk. nebst Zinsen zu 5% vom 11. März 1881 und 1999 Mk. 85 Pf. nebst gleichen Zinsen vom 1. Dezember 1881 an. Die Schuldtitel bestehen in einer vom 18. März 1881 datirten executorischen Urkunde im Sinne von §. 702 CPO. über 2000 Mk. sammt Anhang und zwei vom 27. Dezember 1881 und bez. 7. März 1882 datirten Zahlungsbefehlen wegen 1999 Mk. 85 Pf. und bez. 967 Mk. 90 Pf. s. A. nebst angefügten Vollstreckungsbefehlen."

Viertes Beispiel.

Kläger macht wider eine Stadtgemeinde Eigenthumsrechte geltend an einer Grundstücksparzelle, indem er sich unter Anderem auf Ersitzungserwerb bezieht. Die Beklagte macht dagegen geltend, daß den Besitzvorgängern des Klägers hinsichtlich der behaupteten Ersitzung der Parzelle No. — der redliche Glaube gefehlt habe.

Sie bezieht sich dabei auf eine Reihe von Thatsachen und zu deren Nachweise auf aktenmäßige Vorgänge. U. A. führt sie an: die Besitzvorgänger des Klägers hätten für das streitige Areal an den Stadtrath des betreffenden Orts Erbzins zu entrichten gehabt und solchen auch entrichtet. Diese Abgabe habe die Bezeichnung getragen:

— „5 gr. Erbzins vor ein Gemeindeplätzel an dem Bleyermüller'schen Garten —"

und sei entrichtet worden von Friedrich N. in den Jahren 1780 bis 1795, von Heinrich N. in den Jahren u. s. w.

Zum Nachweise dieses vom Kläger bestrittenen Vorbringens bezieht Beklagte sich auf das vom Stadtrathe in X. geführte „Stadt-Kämmerei-Register."

Hier sind aus den bezeichneten Registern alle auf das Streitverhältnis bezügliche Einträge in den Thatbestand aufzunehmen; es ist also z. B. darin zu konstatiren, daß sich in den Registern folgende Einträge finden,

I. in dem Bande, welcher die Ueberschrift trägt:

„Kämmerey-Erbzins-Register, angefangen Anno 1780 usque 1795,"

auf Seite 35:

„— „5 gr. Friedrich N., vor ein Gemeindeplätzel an dem Bleyermüllerischen Garten. Walpurg. tant." vom Jahre 1780 bis 1795 als bezahlt quittirt —"

und vorher auf Seite 34:

„Jo. Gottlieb Eisenreich, 3 gr. vor ein Gemeindeplätzel ꝛc. Walp. tant. u. s. w.“

In derselben Rechtssache ging eine weitere Behauptung der Beklagten dahin, es habe im Laufe der 40. Jahre des jetzigen Jahrhunderts ein Besitzvorgänger des Klägers, Paulus Schm. in X. bei Gelegenheit einer damals bewirkten Berichtigung der in X. vorgefundenen Grundstücks-Vermessungs-Differenzen gegenüber dem Stadtrathe zu X. selbst anerkannt, daß der dasigen Stadtgemeinde das Eigenthum an dem sog. Rödel'schen Garten (dem streitigen Areale) zustehe. Als Beweismittel für dieses Vorbringen giebt Beklagte an: die in Verwahrung der Bezirkssteuer-Einnahme zu X. befindlichen „Kommissionsacten Lit. D. No. —“

Hier wurde im Thatbestande folgendes bemerkt:

„Die — bezogenen Akten sind rubricirt:

„Kommissionsakten, betreffend die Klassifikation und Einschätzung des Grundeigenthums in der Flur X., Lit. D. cap. II. No. 106.“

Darin befindet sich Bl. — eine Anzeige des Spezial-Kommissars L. an den Königl. Ober-Kommissar von F., über die erfolgte Beendigung der Einschätzung der Flur der Stadt X., vom 16. November 1840. Dieser Anzeige ist Bl. — beigefügt eine „Uebersicht der in der Stadt und Flur vorgefundenen Vermessungsdifferenzen“ und auf Seite 25 finden sich aufgeführt unter der die einzelnen Parzellennummern enthaltenden Rubrik:

319[a]. Joh. Paul Schm.

319[b]. Die Kommune,

und unter der Rubrik „wer auf Vermessung anträgt,“ ist die Notiz zu lesen „der Magistrat,“ wie denn auch unter der Rubrik „Bemerkungen“ in einer Klammerbemerkung (auf jene beiden Parzellen bezüglich) steht: zu trennen.“

Auf Bl. — fg. findet sich eine Registratur d. d. X. den 24. November 1840. Danach ist zur Regulirung und Feststellung des Besitzstandes der Grundbesitzer dasiger Flur am gedachten Tage Termin anberaumt gewesen. Bestellungsgemäß hatten sich viele Grundstücksbesitzer vor dem Spezialkommissar L. eingefunden. Dann heißt es weiter:

„Der Zweck der Versammlung wurde deutlich auseinandergesetzt, sodann die Nummern des Flurbuchs und Besitzstandsregister mit jedem einzelnen durchgegangen, die gefundenen Irrungen sogleich abgeändert und dadurch die Ueberzeugung gewonnen, daß jede einzelne Parzelle nach Lage und Besitzer richtig verzeichnet und daß überhaupt keines der in der Flur befindlichen Grundstücke vergessen oder verschwiegen worden sei.“ Das darüber aufgenommene Protokoll ist auf Vorlesen genehmigt und mit

unterschrieben worden. Unter den Unterschriften befindet sich Bl. — auch die des „Johann Paul Schm."

Ferner hatte Beklagte zum Nachweise der Behauptung, daß am 11. November 1852 die (streitige) Parzelle (319ᵇ) mit einer Mehrzahl anderer der Stadtgemeinde gehöriger Parzellen zu dem Grundbuchsfolium 1173 hinzugeschlagen und hierbei das Eigenthum der beklagten Gemeinde an jener Parzelle anderweit festgestellt worden sei,

Herbeiziehung einer beglaubigten Abschrift, betreffend das Folium 1173 des Grundbuchs für X. beantragt.

Darüber wurde im Thatbestande gesagt:

„Aus dem beglaubigten Folienauszuge wird konstatirt: aus der Sachrubrik, daß nach dem am 18. Juli 1850 erfolgten Uebertrage aus dem Entwurfe unterm 11. November 1852 die Parzelle No. 319ᵇ mit einer Mehrzahl anderer Parzellen unter Bezug auf eine Verordnung vom 30. September|4. November 1852 und auf Akten Tit. IX. Lit. N. No. 39 folio 402ᵇ hinzugeschlagen worden ist, aus der Besitzerrubrik, daß als Besitzerin die Stadtkommune X. ohne Datum, Erwerbsgrundangabe und Aktenallegat eingetragen ist."

Bezüglich eines anderweiten Vorbringens der Beklagten wurde eine zusammenhängende Darstellung desselben unter den Buchstaben d und e dem Thatbestande einverleibt und daran die Bezeichnung derjenigen öffentlichen Akten geknüpft, welche als Beweismittel induzirt waren. Der Thatbestand fährt fort:

„Die zu d bezeichneten Akten tragen, nachdem die ursprüngliche Bezeichnung Tit. IX Lit. N. No. 39 durchstrichen worden ist, an deren Stelle die Bezeichnung Tit. XIII No. 128 und sie bestehen weiter aus Akten der Spezial-Kommission für Ablösungen und Gemeinheitstheilungen bei der Stadt X, Lit. P. No. 48 Vol. II und IV. Aus den zuerst gedachten Akten Bl. 78, 81ᵇ, 82, 186ᵇ, 267ᵇ in Verbindung mit Bl. 269ᵇ und Bl. 273ᵇ, Bl. 402 erhellen die von der Beklagten oben unter d behaupteten Vorgänge, während die von der Beklagten zu e gemachten thatsächlichen Angaben sich aus den bezogenen Ablösungsakten P. No. 48 Vol. II Bl. 157 verbunden mit Bl. 88ᵇ, 89, 140 und Vol. IV Bl. 14ᵇ No 9, Bl. 36 als richtig ergeben."

Bei derartigen umfangreicheren Konstatirungen empfiehlt es sich übrigens, die Seiten der Parteien erfolgte Anerkennung der Richtigkeit derselben im Thatbestande zu verlautbaren. So würde z. B. im Anschluß an die vorstehend gegebene Darstellung vielleicht zu sagen sein:

„Diese Konstatirungen werden von den Parteien als zutreffend anerkannt, nachdem von der Beklagten aus den Kämmereiregistern die auf

die Namen N., R. und Schm. bezüglichen Einträge, aus den Akten Lit. D. cap. II No. 106, nicht minder aus den Akten Tit. IX Lit. No. 39, sowie Lit. P. Nr. 48 Vol. II und IV die vorstehend bezogenen Stellen, der einschlagende Inhalt der Bl. — der Prozeßakten ersichtlichen Folienabschrift vorgetragen worden waren."

Ein Gesichtspunkt bedarf hier wenigstens noch der kurzen Andeutung.

Die CPO., auf dem Grundsatze der Mündlichkeit des Verfahrens beruhend hat denselben in vielleicht allzustrenger Konsequenz durchgeführt. Diese Konsequenz gipfelt in den zwei Sätzen, daß der erkennende Richter formell alles das zu berücksichtigen hat, was ihm mündlich vorgetragen wird, auch wenn es in den der mündlichen Verhandlung vorausgehenden Schriftsätzen nicht angeführt worden ist, und daß der erkennende Richter ein thatsächliches Vorbringen, welches in den erwähnten Schriftsätzen enthalten ist, aber den Gegenstand der mündlichen Verhandlung nicht gebildet hat, nicht berücksichtigen darf. Dieser Satz gilt, wie das Reichsgericht[3]) mehrfach ausgesprochen hat, insbesondere auch

---

[3]) vgl. U. v. 21. März 1881. Entsch. IV No. 104 S. 375 (bei Bähr S. 214 unter 10 und Gruchot, III. F. VI S. 1148). vgl. mit den Urtheilen v. 29. Juni 1880 und 10. Juli 1880, bezw. 8. Jan. 1881 bei Fenner und Mecke, I. Bd. No. 134, S. 235, No. 136, S. 236; II. Bd. No. 95, S. 163. Eine Konsequenz dieser Auffassung ist, daß, wenn in dem Thatbestande eines Berufungsurtheils nur bestimmte Paragraphen eines in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Vertrages in Bezug genommen sind, in der Revisionsinstanz die Bezugnahme auf weitere, in der früheren Verhandlung nicht zum mündlichen Vortrage gelangte Paragraphen desselben Vertrags unzuläßig sein würde. Gegen diese Auffassung des Prinzips der Mündlichkeit richten sich insbesondere die Ausführungen von Kräwel's in Busch's Zeitschrift Bd. VI S. 175 fg., vgl. mit Bd. IV S. 246 fg., 253 fg. Wenn man erwägt, daß beim Vortrage einer großen Anzahl vielleicht noch dazu sehr umfänglicher Urkunden es für das Richterkollegium in vielen Fällen absolut unmöglich ist, den Inhalt derselben im Gedächtnisse zu behalten (dem Verfasser ist aus seiner Praxis ein Rechtsstreit erinnerlich, in welchen es sich um Ansprüche auf eine kaufmännische Provision handelte, zu deren Beweise 130 und einige Briefe in der Verhandlung mündlich vorgetragen wurden), ist man allerdings geneigt, hierin eine zu sehr auf die Spitze getriebene Consequenz des Mündlichkeitsprincips zu finden. Warum sollte es nicht genügen, wenn die betreffende Urkunde von der beweispflichtigen Partei in der mündlichen Verhandlung unter Konstatirung der Eigenschaft der ersteren (z. B. ein zwischen den Parteien unter dem — Dezember 1880 abgeschlossener, aus §§. 1—20 bestehender Gesellschaftsvertrag) urschriftlich vorgelegt und dieser allgemeine Charakter der Urkunde durch Anerkenntniß Seiten der Gegenpartei festgestellt wird? Dadurch käme in genügend bestimmter Weise die Absicht des

beim Urkundenbeweise; ein solcher kann daher nur insoweit in Betracht gezogen werden, als er vom Beweisführer in der Verhandlung mündlich vorgetragen worden ist. Die dem Gerichte allerdings obliegende Einsicht der Urkunde geschieht nur zu dem Zwecke, um sich zu vergewissern, ob die Urkunde das Behauptete enthalte und um eventuell den nachträglichen Vortrag des wirklichen Urkundeninhalts in der mündlichen Verhandlung zu veranlassen.

Für die Fertigung des Thatbestandes ergibt sich hieraus die Nothwendigkeit, in demselben genau zu konstatiren, daß und bezw. welche Theile einer Urkunde, welche Thatsachen aus vorgelegten Akten u. s. w. in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden sind.

§. 7.

Bezugnahme auf Schriftsätze.

Die im ersten Absatze des §. 284 Z. 3 zum Ausdruck gekommene Vorschrift, daß das Urtheil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes enthalten soll, findet eine Modifikation durch die weitere Bestimmung im zweiten Absatze des bezogenen §., welche besagt:

> „Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen."

Von dieser Bezugnahme auf die Schriftsätze ist in der Praxis vielfach ein der Absicht des Gesetzes nicht entsprechender Gebrauch gemacht worden. Wenn letzteres sagt, es solle bei der Darstellung des Sachverhalts eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze nicht ausgeschlossen sein, so weist schon der Wortlaut dieser Bestimmung deutlich genug darauf hin, daß eine solche Bezugnahme nur ausnahmsweise stattfinden solle. Allerdings hat im konkreten Falle das richterliche Ermessen über die Art und Weise der Mittheilung des Sachverhalts im Urtheil zu

---

Beweisführers zum Ausdruck, daß er soweit für seine Zwecke nöthig, den gesammten Inhalt der Urkunde für das Urtheil in Betracht gezogen wissen wolle. Die Bezugnahme der dem Gerichte vorgelegten Urkunde bildet dann schon einen wesentlichen Theil des mündlichen Vortrages. Es dürfte hierin auch keineswegs eine nach §. 128 Abs. 3 CPO. unstatthafte Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung zu finden sein. Käme es auf den Wortlaut der Urkunde entscheidend an, so müßte dieser allerdings vorgelesen werden. Eine nähere Ausführung dieser Ansicht ist an diesem Orte ausgeschlossen. S. noch Vierhaus in Busch's Zeitschrift Bd. V S. 95 fg.

entscheiden. Allein dies darf nicht soweit führen, daß der Zusammenhang der thatsächlichen Unterlagen des Rechtsstreites mit der rechtlichen Beurtheilung der Sache verloren geht, oder daß Zweifel darüber entstehen, welche Thatsachen der Richter nach Maßgabe der mündlichen Verhandlung habe feststellen wollen. Die Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze und andere Bestandtheile der Prozeßakten darf nicht soweit gehen, daß dadurch der Einblick in das mündliche Parteivorbringen erschwert wird. Es kann wohl im einzelnen Falle durch jene Bezugnahme die vom Richter selbst zu verfassende Darstellung des Thatbestandes der Hauptsache nach oder vielleicht auch vollständig ersetzt werden. Nothwendige Voraussetzung eines solchen Verfahrens ist aber freilich immer, daß völlig deutlich erkennbar sei, was der Richter hat feststellen wollen. Diese Voraussetzung wird als vorhanden angenommen werden können, wenn die vorbereitenden Schriftsätze bestimmt und kurz gehalten sind und keinen Zweifel und kein Mißverständniß zulassen, bezw. wenn die Parteien über alle wesentlichen Thatumstände einverstanden sind und nur über die rechtliche Beurtheilung Differenzen obwalten. In Fällen dieser Art wird durch die Bezugnahme auf die Schriftsätze das Wesen des Thatbestandes nicht beeinträchtigt werden.

Allein in vielen Fällen ist der Inhalt der Partei-Schriftsätze nicht so beschaffen, um ein klares Bild von dem Sach- und Streitstande zu ermöglichen. Sie enthalten vielfach lediglich eine Gegenüberstellung der gegentheiligen Parteibehauptungen, wobei Thatsächliches untermischt mit rechtlichen Ausführungen vorgetragen wird, sodaß leicht Zweifel darüber entstehen, ob bei der Beantwortung durch den gegnerischen Schriftsatz das Thatsächliche oder die Rechtsdeduktion bestritten werden soll; die Schriftsätze geben da in einer solchen Fassung keine klare Maße darüber, was zugestanden und was in Abrede gestellt werden soll; um die streitigen und unbestrittenen Behauptungen gehörig festzustellen, muß dann der Richter in das Materielle des Streitverhältnisses eingehen und er würde, wollte er sich hier mit einer bloßen Bezugnahme auf die Schriftsätze begnügen, den Thatbestand in einer Weise fertigen, welcher der Absicht des Gesetzgebers durchaus zuwiderlaufen müßte.

Diese Bedenken treten besonders in den Vordergrund, wenn es sich um thatsächlich verwickelte Sachen handelt. Es sind dem Verf. eine Reihe von Fällen vorgekommen, wo der Thatbestandsverfertiger erster Instanz seine Darstellung mit der allgemeinen Verweisung auf die Schriftsätze eingeleitet und im Anschlusse hieran in einer den Leser im höchsten Grade ermüdenden Weise diejenigen Abweichungen und Modifikationen angegeben hatte, welche bei der mündlichen Verhandlung zu Tage getreten waren. Es folgten dann unter verschiedenen äußerlich durch Buchstaben aus verschiedenen Alphabeten sowie durch Ziffern unterschiedenen Abtheilungen und mehrfachen Unterabtheilungen

die einzelnen Abweichungen von dem Schriftsatze. Dadurch ging die Uebersicht des Sach- und Streitstandes völlig verloren und es bedurfte des Zurückgehens auf die Schriftsätze, um jene Uebersicht zu gewinnen, welche durch den Thatbestand zu geben gewesen wäre. Derartige Redewendungen, wie „im Uebrigen wird auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze verwiesen“ enthalten daher in diesen Fällen nicht eine „Darstellung“, sondern vielmehr eine Verdunkelung des Sach- und Streitstandes.

Freilich wird dem Richter durch die hier geforderte Feststellung des Thatbestandes eine mühselige und zeitraubende Arbeit aufgebürdet, welche namentlich dann lästig erscheinen wird, wenn er eine ganze Reihe vorgebrachter Thatsachen feststellen muß, während er eine einzige derselben für die Entscheidung maßgebend erachtet [1]). Indessen folgt aus dem bisher Gesagten nicht, daß die Schriftsätze ihrem gesammten Inhalte und Wortlaute nach abgeschrieben werden müßten; vielmehr kann namentlich in den Fällen, wo es sich um ein ausführliches Zifferwerk handelt, auf die Schriftsätze zur Vermeidung des Abschreibens dergestalt Bezug genommen werden, daß aus denselben im Thatbestande diejenigen Abschnitte bestimmt bezeichnet werden, auf welche verwiesen, und diejenigen, auf welche nicht Bezug genommen wird. Z. B. es

---

[1]) vgl. auch Bretschneider S. 366. Derselbe führt S. 365, um zu zeigen, in welchen Fällen eine Bezugnahme auf Schriftsätze zulässig sei, einzelne sehr prägnante Beispiele an. Bei einer Klage auf Vertragserfüllung, bei welcher der hervorzuhebende Antrag sehr ausführlich alle Leistungen aufführt, auf welche die Verurtheilung gerichtet werden soll, würde es genügen, im Thatbestande hervorzuheben, daß Kläger die Verurtheilung des Beklagten zur Vertragserfüllung nach Maßgabe des im Klagschriftsatze enthaltenen verlesenen Antrages verlangt habe. Bei einer Klage auf Forderungen aus einer mehrjährigen Geschäftsverbindung der Parteien, welche in einem der Klage beigefügten Kontokorrent näher dargelegt ist, würde es, wenn die einzelnen dort speziell angebenen Geschäfte an sich unbestritten sind und den Streitpunkt vielleicht nur Einreden der Zahlung u. s. w. bilden, ausrichten, wenn bezüglich dieser einzelnen Forderungen auf jene Klagrechnung Bezug genommen wird. Es schlägt insoweit die schon oben bezogene Vorschrift in §. 128 Abs. 3 CPO. ein. Auch abgesehen von einem speziell derart gestalteten Falle kann die Partei erklären, daß der Gegner die in einer eingereichten Rechnung angegebenen Waaren oder Arbeiten bestellt und empfangen habe, ohne daß es nöthig wäre, alle einzelnen Rechnungsposten in freier Rede vorzutragen. Aus den beiderseitigen Erklärungen der Parteien wird sich ergeben, inwieweit im Betreff der einzelnen Posten Bestimmteres vorzutragen nöthig ist, sofern nicht ein eigentlicher Rechnungsprozeß im Sinne des §. 313 vorliegt. Vgl. auch Prot der R. J. K. S. 50, v. Wilmovski und Levy: Bem. 3 zu §. 128. Siehe noch v. Bülow: Thatbestand, in Busch's Z. f. CP. 4. Bd. S. 341.

wird auf den vom Kläger vorgetragenen Inhalt des 3. 4. 5. Absatzes des Klagschriftsatzes Bezug genommen, dagegen nicht Bezug genommen auf den 1. 2. und 6. Abschnitt desselben Schriftsatzes. In solchem Falle werden die Bekundungen, welche sich an den in Bezug genommenen Stellen befinden, insoweit sie Parteivorbringen betreffen, derselben Beweiskraft, wie eine gerichtsseitig entworfene Darstellung des Thatbestandes theilhaftig. Sie werden gewissermaßen integrirende Bestandtheile des Thatbestandes [2]).

Ist der Streitfall einfach, so ist die Arbeit für den Fertiger des Thatbestandes ohnehin viel leichter, wenn er von der Bezugnahme auf die Schriftsätze überhaupt ganz absieht und eine vollständig verarbeitete eigene Darstellung des in den Schriftsätzen enthaltenen, mündlich wiederholten Vorbringens liefert.

Jedenfalls ergiebt sich aus der einschlagenden Judikatur des Reichsgerichts [3]), daß die deutsche Gerichtspraxis als Regel sich zur Richtschnur nehmen sollte, den Sachverhalt möglichst selbständig und unabhängig von den Schriftsätzen zur Darstellung zu bringen, auf letztere im Thatbestande nur in Aus-

---

[2]) vgl. v. Bülow a. a. O. S. 340.

[3]) vgl. v. Streich bei Gruchot S. 250. — S. die Urtheile des Reichsgerichts vom 29. Juni 1880 (oben §. 3 XII Anm. 40); vom 8. Okt. 1880 (II Anm. 29); in gewisser Beziehung auch U. v. 29. Okt. 1880 (bei Bähr S. 210 No. 5); v. 23. Nov. 1880 (oben III. Anm. 30); v. 10. Mai 1880 (I. Anm. 28); v. 16. Juni 1880 (bei Fenner und Mecke I. Bd. No. 69 S. 122, Bähr S. 215 No. 12, anscheinend auch Wallmann IV. S. 563); v. 9. Februar 1881 (Entsch. III No. 20 S. 64, Bähr No. 14); v. 21. Mai 1881 (oben IV Anm. 31); v. 28. Mai 1881 (oben VI Anm. 33); v. 11. Jan. 1881 (oben VII Anm. 34). Wenn auch in einigen dieser Entscheidungen die in den Vorinstanzen erfolgte Bezugnahme auf die Schriftsätze nicht als Kassationsgrund angesehen, sondern auf diese Grundlage hin eine materielle Entscheidung ertheilt worden ist, so ist doch auch in ihnen das obige Prinzip indirekt zur Geltung gekommen. Vgl. hiergegen die Polemik Bähr's a. a. O. S. 235. Wenn derselbe dabei auf die Praxis des früheren preuß. Obertribunals und auf die damit konforme Praxis des ehem. OAG. zu Berlin hinweist, wonach auf das — der Revision gleiche — Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ohne maßgebenden „Thatbestand" lediglich auf Grund der aus den Parteischriften sich ergebenden Thatsachen Urtheile gefällt worden sind, so kann hieraus für die hier vorliegende Frage u. E. um deswillen kein entscheidendes Moment hergeleitet werden, weil der Thatbestand, welcher nach den für die altpreußischen Gerichte bestehende Vorschrift von denselben im Urtheile anzufertigen war, keine maßgebende Bedeutung und der Mangel desselben keine andere Folge hatte, als die einer disziplinarischen Rüge. S. Bähr S. 235 Anm. S. noch v. Kräwel in Busch's Zeitschrift 4. Bd. S. 250 fg.

nahmefällen zu verweisen, überall aber, wo diese Verweisung beliebt wird, auf eine sorgfältige und scharf abgegrenzte Hervorhebung dessen, was in den Thatbestand hereinbezogen werden will, Bedacht zu nehmen.

In dieser Weise sprechen sich auch die Schriftsteller aus, welche den Gegenstand erörtern [4]).

---

[4]) Struckmann und Koch: zu §. 284 Anm. S. 314: „bei derartigen Bezugnahmen (auf die vorbereitenden Schriftsätze), welche nicht die Regel bilden sollen, ist dafür Sorge zu tragen, daß die Klarheit und Uebersichtlichkeit der Darstellung nicht darunter leide; namentlich muß völlig deutlich erkennbar sein, was der Richter hat feststellen wollen. Auch darf die „Darstellung" nicht völlig durch eine Bezugnahme ersetzt werden. Keinenfalls ist eine einfache Bezugnahme auf die Akten zuläſſig."

Gaupp: Bd. II S. 156: „die Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze darf nicht dahin mißbraucht werden, daß der Thatbestand selbst unverständlich wird."

Petersen: II. Ausg. S. 479 unter 2: „der Thatbestand ist nicht auf Grund der vorbereitenden Schriftsätze, sondern auf Grund der mündlichen Verhandlung anzufertigen; jedoch kann auf die vorbereitenden Schriftsätze und das Sitzungsprotokoll ausnahmsweise Bezug genommen werden, sofern dadurch das Verständniß des Urtheils bez. der Zusammenhang zwischen dem Thatbestand und den Entscheidungsgründen nicht verloren geht. Nur in seltenen Fällen wird übrigens die Bezugnahme auf die Akten genügen. In der Regel ist eine selbständige Darlegung des Parteivorbringens, das in der mündlichen Verhandlung erfolgte, erforderlich."

Seuffert: (Ed. II) S. 370 unter 4: „die Darstellung des Sach- und Streitstandes kann durch Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze, soweit dieser Inhalt mit den mündlichen Vorträgen der Parteien übereinstimmt, sowie durch Bezugnahme auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen vereinfacht werden. Ob im einzelnen Falle eine solche Bezugnahme zweckmäßig ist, muß nach den Umständen beurtheilt werden. Keinesfalls darf die Bezugnahme dahin ausarten, daß in dem Urtheil der Zusammenhang der Sache oder das Verständniß der Entscheidungsgründe verloren geht. Die bloße Bezugnahme auf die Schriftsätze und die Akten kann die Stelle des Thatbestandes nicht vertreten."

v. Bülow: Komm. Ed. II S. 207 Bem. 6: „es versteht sich nach dem Mündlichkeitsprinzip von selbst, daß eine Bezugnahme nur insoweit zuläſſig erscheint, als der Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze in der mündlichen Verhandlung wiederholt ist; denn der nicht wiederholte Inhalt existirt für den Richter nicht. — Die Regel bleibt, daß der Richter den Thatbestand selbständig aufstellt und höchstens in einzelnen Punkten auf die Schriftsätze und Protokolle verweist. Allein, da das Gesetz es dem Ermessen des Richters überläßt, in welcher Ausdehnung er von der Befugniß des §. 284 Abs. 2 Gebrauch machen will, so

Für ungenügend wird daher nach Alledem ein Thatbestand erachtet werden müssen, welcher folgendermaßen lautet:

„In Betreff des Thatbestandes wird auf die Klag- und Gegenanträge Bezug genommen [5]).“

Nicht zu empfehlen ist ferner die von sehr vielen Thatbestandsverfassern gebrauchte Redewendung:

„die Parteien haben nach Maßgabe der Schriftsätze verhandelt.“

Denn ein Thatbestand dieser Art ist aus sich selber nicht verständlich, er enthält keine verarbeitete und darum in sich abgerundete selbständige Darstellung des Streitmaterials, wie sie das Gesetz im Auge hat. „Ein solcher Thatbestand, der in der That nicht mehr als ein summarisches Citat der

---

kann es nicht als dem Gesetze zuwiderlaufend angesehen werden, daß im einzelnen Falle durch diese Bezugnahme die vom Richter selbst zu verfassende Darstellung des Thatbestandes der Hauptsache nach oder auch ganz ersetzt werde. Nothwendige Voraussetzung der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ist aber freilich immer, daß völlig deutlich erkennbar sei, was der Richter hat feststellen wollen. Eine einfache Bezugnahme auf die Akten wird daher nur in seltenen Fällen, z. B. wenn die vorbereitenden Schriftsätze bestimmt und kurz gehalten sind und keinen Zweifel und Mißverständnisse zulassen, genügen.“

Hellmann: II. Bd. S. 148 unter d: „Wenn in Abs. 2 die Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze zugelassen ist, so geschieht dies mit der Maßgabe, daß die mündlichen Vorträge nicht von dem Inhalte der Schriftsätze abweichen. Wo daher z. B. in der mündlichen Verhandlung eine Klagänderung vorgenommen oder eine Vertheidigung vorgebracht wird, welche in der schriftlichen Einlassung des Beklagten nicht enthalten ist, da genügt keinesfalls eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze. In solchen Fällen kann die Bezugnahme auf die Feststellungen des Sitzungsprotokolls an die Stelle treten.“

v. Sarwey: I. Thl. S. 433 Z. 9: „der Abs. 2 ist werthvoll für die Erleichterung der an sich lästigen und nicht selten sehr zeitraubenden Arbeit der Abfassung des Thatbestandes. Selbstverständlich setzt eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze voraus, daß der Inhalt derselben in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend vorgetragen wurde.“

[5]) vgl. Stegemann bei Bödicker: Mag. I S. 167, (oben §. 3 Anm. 12), welcher mit Unrecht dies für einen genügenden Thatbestand erklärt. Auch von Wilmovski und Lewy (Anm. 4 S. 389) heben hervor, daß die Bezugnahme auf Schriftsätze nur ausnahmsweise erfolgen sollte, daß jedenfalls vollständig und übersichtlich das mündlich vorgetragene Sachverhältniß daraus hervorgehen müsse und das blose Erwähnen von Thatsachen, ohne zu bemerken, was darüber ververhandelt sei, den Thatbestand unvollständig mache.

Schriftsätze ist, verleiht diesen eine ungehörige Bedeutung und läßt sich auch hinsichtlich seiner thatsächlichen Richtigkeit und Genauigkeit anzweifeln, weil er die Gefahr nahe legt, daß durch solche oberflächliche Bezugnahme hin und wieder etwas als mündliches Parteivorbringen erscheint, was zwar in den Schriftsätzen enthalten, in der mündlichen Verhandlung aber nicht oder nur in modifizirter Weise vorgetragen worden ist [6])."

Auch die von Meyer [7]) empfohlene Fassung:

> „die Parteien haben in Gemäßheit ihrer vorbereitenden Schriftsätze — auf welche damit Bezug genommen wird — mit folgenden Abweichungen verhandelt u. s. w."

ist in vielen, wenigstens in verwickelteren Fällen nicht geeignet, die Stelle eines ausführlichen Thatbestandes zu ersetzen.

Dasselbe Bedenken ergiebt sich gegen die, noch immer vielfach vorkommende, Redewendung:

> „im Uebrigen wird auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze verwiesen."

Denn der Berufungsinstanz und den Anwälten derselben verursacht eine derartige Bemerkung dann die größten Zweifel und Bedenken, wenn die im Thatbestande gegebene selbständige Sachdarstellung vom Inhalte der Schriftsätze abweicht.

Ebenso ungenügend ist folgende Fassung:

> „die Parteien haben im Wesentlichen dasselbe vorgetragen, was in ihren vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist."

Denn es bleibt danach völlig unbestimmt, auf welches thatsächliche Vorbringen sich der mündliche Vortrag der Partei erstreckt hat.

---

[6]) v. Streich bei Gruchot S. 250. Derselbe konstatirt zugleich a. a. O. S. 249, daß die Praxis im Königreich Württemberg (§. 284 der RCPO. ist übereinstimmend mit Art. 370 der württ. CPO.) zwar in der ersten Zeit seit Einführung der dortigen PO. von der Befugniß, auf Schriftsätze zu verweisen, allzu ausgiebigen Gebrauch gebracht habe, daß dagegen in den letzten Jahren diese Befugniß nur in mäßiger Weise und gewöhnlich nur dann gehandhabt worden sei, wenn es sich um die wörtliche Wiedergabe eines in einem Schriftsatze enthaltenen größeren Faktums, z. B. einer Abrechnung, einer Geschichtserzählung, einer umfangreichen Vertragsstipulation handelte oder wenn eventuelle bei der Entscheidung nicht in Betracht kommende Vorbringen, antizipirte Einreden, überflüssige Beweisanerbietungen u. dergl. in Frage standen.

[7]) Anleitung zur Prozeßpraxis S. 41 Anm. 4 (1879). Siehe auch die oben §. 3 bei Anm. 48 angef. Entsch. des OLG. Dresden.

Daß endlich eine blose Bezugnahme auf den „Inhalt der Akten" nicht als ein dem Gesetze entsprechender Thatbestand anzusehen sei, bedarf gegenüber den Vorschriften in §§. 284. 505 CPO., welche nur eine Beziehung auf Schriftsätze, Sitzungsprotokoll und Thatbestand erster Instanz, keineswegs aber die generelle Bezugnahme auf die Akten als solche kennen, keiner nähern Darlegung [8]).

§. 8.

Trennung des Thatbestandes von den Entscheidungsgründen.

Die Verschiedenheit des Verfahrens bei Anfertigung des Thatbestandes zeigt sich auch darin, daß oft Thatbestand und Entscheidungsgründe äußerlich nicht von einander getrennt oder doch, wenn eine solche äußerliche Sonderung stattfindet, beide Rubriken des Urtheils dergestalt unter einander vermengt sind, daß rechtliche Erwägungen in dem Thatbestande und umgekehrt thatsächliche Feststellungen in den Gründen Aufnahme finden.

Bei einem derartigen Verfahren entsteht oft in höherer Instanz Zweifel darüber, ob die in die Darstellung des Thatbestandes aufgenommenen Erwägungen mit Rücksicht auf diese ihre äußere Stellung als thatsächliche Feststellungen zu betrachten seien [1]).

Für die Beantwortung der Frage, ob der Thatbestand von den Entscheidungsgründen getrennt darzustellen sei, gewährt die Civilprozeßordnung selbst keinen direkten Anhalt, insbesondere giebt §. 284 dieses Gesetzes keine klare Maße hierüber.

Danach hat das Urtheil zu enthalten unter Anderem:

„eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes (No. 3),
die Entscheidungsgründe (No. 4),
die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel (No. 5)."

---

[8]) vgl. auch oben §. 3 unter VI Anm. 33. S. noch Entsch. des RG. Bd. 3 No. 20 S. 64 (Bähr S. 216 No. 14); Bd. 4 No. 53 S. 189, No. 126 S. 431; Gruchot: Bd. XXVI (3. Folge VI.) S. 1165 fg. Nicht entgegensteht das oben in Anm. 3 angef. U. des RG. vom 16. Juni 1880, weil in dem damals vorliegenden Falle die Parteien über alle wesentlichen Thatsachen einverstanden waren und die Differenz lediglich die rechtliche Beurtheilung betraf.

[1]) vgl. auch Bretschneider a. a. O. S. 357.

Der Umstand, daß das Gesetz hier in No. 5 die Trennung der **Urtheilsformel** von dem Thatbestande und den Entscheidungsgründen ausdrücklich vorschreibt [2]), und dabei Thatbestand und Entscheidungsgründe in eine Linie stellt, könnte vielleicht der Auffassung Raum geben, daß der Gesetzgeber eine Trennung dieser letzteren beiden Urtheilsbestandtheile nicht für erforderlich erachte. Indessen dürfte wohl die gegentheilige Willensmeinung des Gesetzgebers mit Grund daraus zu entnehmen sein, daß in den vorangehenden Ziffern 3 und 4 Thatbestand und Entscheidungsgründe getrennt von einander aufgeführt sind. Diese Aufführung von Thatbestand und Entscheidungsgründen unter zwei verschiedenen Nummern läßt wohl mit ausreichender Bestimmtheit als Absicht des Gesetzes erkennen, daß in der That jene beiden Rubriken im Urtheile getrennt gehalten werden sollen. Freilich kann aber dieser Vorschrift des Gesetzes nur die Bedeutung einer instruktionellen beigelegt werden. In dieser Weise wird dieselbe auch von den Kommentatoren [3]) und von der Praxis der Gerichte [4]) aufgefaßt, indem man geneigt ist, einer thatsächlichen Feststellung, obgleich sie unter den rechtlichen Ausführungen ihren Platz gefunden hat, immerhin unter gewissen Voraussetzungen Berücksichtigung angedeihen zu lassen.

---

[2]) Die Forderung, daß die Urtheils**formel** äußerlich, also räumlich **und** durch die Ausdrucksweise zu sondern sei, ist in der Natur der Sache begründet und ihre Erfüllung nach dem Grundsatze des §. 293 bezüglich der Rechtskraft nothwendig. Vgl. auch **von Sarwey**: Komm. I. Th. Bem. 6 zu §. 284 Seite 432. Unerheblich dagegen ist, ob die Urtheilsformel oder Thatbestand und Gründe voran= oder nachgestellt werden. Die Bestimmung des Norddeutschen Entwurfes §. 348 Abs. 3, daß die Urtheilsformel dem Thatbestand und den Entscheidungsgründen voran= oder nachgestellt werden könne, hat die CPO. als selbstverständlich nicht aufgenommen. **Mot.** S. 222.

[3]) vgl. z. B. v. **Wilmowski** und **Levy**: Bem. 6 zu §. 284 S. 390 Ed. III. v. **Sarwey**: Bem. 5 zu demselben §. I. Th. S. 432. **Struckmann** und **Koch**: Bem. 4 S. 313 Ed. IV. **Seuffert**: Bem. 5 S. 370 Ed. II. **Kleiner**: II. Bd. S. 170 zu No. 3. **Petersen**: S. 480 Ed. II. **von Bülow**: Komm. S. 207; Bem. 3ª zu §. 284. II. Auflage. S. dagegen **Erythropel** bei Busch III S. 110 Anm. v. **Bülow** (Halle) giebt zwar (vgl. **Busch's** Zeitschrift IV S. 335) zu, daß das Gesetz über den Ort, an welchem der Thatbestand im Urtheile darzustellen sei, eine Bestimmung, wie solche bezüglich der Urtheilsformel in §. 284 No. 5 sich findet, nicht enthalten sei; er bestreitet aber, daß hieraus die Statthaftigkeit einer Vermischung des Thatbestandes mit den Gründen gefolgert werden könne, weil §. 284 cit. Beides — Thatbestand und Entscheidungsgründe — getrennt neben der Urtheilsformel als sachlichen Inhalt der Sentenz hinstelle.

[4]) vgl. Näheres unten bei Anm. 11 fg.

Wenn schon indessen die Vermischung des Thatbestandes mit den Gründen — in Ermangelung einer dieselbe ausdrücklich verbietenden gesetzlichen Vorschrift — an und für sich als ein wesentlicher Mangel des Verfahrens, welcher die Nichtigkeit des letzteren zur Folge haben müßte — nicht anzusehen ist, wie dies z. B. der Fall sein würde, wenn ein Urtheil mit Entscheidungsgründen überhaupt nicht versehen ist [5]), so möchte doch gewissermaßen schon die Natur der Sache dafür sprechen, daß Thatbestand und Gründe äußerlich getrennt von einander dargestellt werden, sowie dafür, daß ihr Inhalt auch im Einzelnen nicht mit einander vermengt wird. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird denn auch von den deutschen Gerichten in dieser Weise verfahren.

Die Entscheidungsgründe bilden naturgemäß den Gegensatz zu dem Thatbestande. Sie sollen — abgesehen von der etwaigen Prüfung der richterlichen Zuständigkeit und den sonstigen Erwägungen, welche dem Richter, unabhängig vom Parteivorbringen, von Amtswegen zustehen, — klare Maße darüber geben, ob und inwieweit nach Ansicht des erkennenden Richters die von den Parteien geltend gemachten Ansprüche nach dem thatsächlichen Vorbringen derselben als rechtlich begründet anzusehen sind, ob die von einer Partei etwa bestrittenen Behauptungen der Gegenpartei eines Beweises bedürfen, welche Ergebnisse eine Beweisführung geliefert und wie unter Berücksichtigung aller dieser thatsächlichen Umstände das Endergebniß für die Entscheidung sich gestaltet [6]).

Allerdings müssen sich hiernach die Entscheidungsgründe zugleich mit der Würdigung der erhobenen Beweise auch in thatsächlicher Beziehung beschäftigen, es müssen in denselben zugleich die Erwägungen mit dargelegt werden, aus welchen ein unternommener Beweis für erbracht oder als verfehlt erachtet worden ist.

Allein diese Beleuchtung ist keine thatsächliche Feststellung im Sinne des Gesetzes; sie bildet nur die nothwendige Unterlage der rechtlichen Ausführung und ist auch insoweit durch Revision nicht anfechtbar. Spricht daher schon diese Erwägung für eine systematische Auseinanderhaltung des thatsächlichen Theiles des Urtheiles (Thatbestand) von dem rechtlichen Theile desselben (Entscheidungsgründe), so treten zur Rechtfertigung dieses Verfahrens auch überwiegend praktische Rücksichten hinzu. Denn erfahrungsmäßig giebt, wie bereits oben angedeutet wurde, die Vermengung der Gründe mit dem Thatbestande — insoweit es sich bei ersteren nicht um bloße Beweiswürdigung han-

---

[5]) Revisionsfall aus §. 513 Z. 7 CPO.

[6]) vgl. auch Bretschneider a. a. O. S. 367.

delt — leicht Veranlassung zu Differenzen der Prozeßparteien darüber, ob etwas vom Richter thatsächlich festgestellt oder nur rechtlich gefolgert worden sei. Auch fehlt in einem solchen Falle den Parteien eine sichere Grundlage für das in Gemäßheit §. 291 CPO. zu beantragende Berichtigungsverfahren, während ihnen diese Grundlage geboten ist, wenn sie den Thatbestand als einen äußerlich erkennbaren Theil des Urtheils in vollständiger Fassung vor sich haben.

Für den urtheilenden Richter ist die geistige Operation leichter und zugleich sicherer, wenn er den Thatbestand abgesondert von den Gründen darstellt und dabei die Einstreuung rechtlicher Erwägungen vermeidet. Die Grundlage für die rechtlichen Konklusionen des Urtheils bildet nur der Thatbestand. Bei Ziehung des Urtheilsschlusses hat der Richter den thatsächlichen Prozeßstoff sich vollständig zu vergegenwärtigen. Mit Sicherheit wird er dies nur dann können, wenn er vorher die Thatsachen, auf welche es ankommt, festgestellt hat; aus der thatsächlichen Feststellung deducirt er sein Urtheil. Je selbständiger der Richter den zur Feststellung der Thatsachen bestimmten Denkprozeß durchmacht, in um so höherem Maße wird er befähigt sein, die Thatsache richtig zu erkennen und zu beurtheilen [7]).

Für den Richter höherer Instanz, welchem die Nachprüfung obliegt, werden bei Einhaltung des oben empfohlenen Verfahrens Zweifel darüber beseitigt, ob er gewisse im Urtheile des Vorderrichters enthaltene Sätze als Parteibehauptungen oder als Konklusionen des angefochtenen Urtheils aufzufassen habe [8]).

Faßt man die Ergebnisse der Judikatur, insoweit sie bei dem bisher besprochenen Punkte einschlägt, zusammen, so dürften sich daraus die Sätze ergeben:

---

[7]) z. Th. and. Meinung: Bähr a. a. O. S. 232.

[8]) s. auch v. Streich bei Gruchot a. a. O. S. 244. Bretschneider a. a. O. S. 368. — In mehreren dem Verf. bekannt gewordenen Fällen, in welchem thatsächliche Feststellungen in den Gründen erfolgt waren, konnte man unschwer ersehen, daß der Urtheilsverfasser hierzu keine andere geeignete Stelle im Urtheile gefunden und daher die thatsächliche Feststellung an einem Platze in den Entscheidungsgründen, der ihm hierzu passend erschienen sein mochte, nachgeholt hatte. Rocholl a. a. O. (§. 2 oben) S. 168 ist der Ansicht, daß, wo eine äußere Trennung des Thatbestandes von den Entscheidungsgründen stattgefunden habe, aus der Erwähnung eines nicht im Thatbestande enthaltenen Parteivorbringens in den Entscheidungsgründen nicht sowohl eine Ergänzung, als vielmehr gerade die Lückenhaftigkeit jenes Thatbestandes entnommen werden müsse.

daß die äußerliche Absonderung des Thatbestandes von den Gründen als **Regel** festzuhalten ist,

daß zwar der Ort des Urtheils, an welchem die betreffende und an sich unzweifelhafte Aeußerung des Richters enthalten ist, nicht unbedingt entscheidet, vielmehr der Inhalt der Aeußerung den Ausschlag für ihre Beurtheilung geben muß und

daß daher eine in der als „Entscheidungsgründe" bezeichneten Abtheilung des Urtheiles enthaltene Bemerkung unter Umständen als eine zulässige Ergänzung der vorher unter der Ueberschrift „Thatbestand" bewirkten Darstellung angesehen werden kann, bez. solchenfalls sich als lediglich thatsächliche Feststellung einer Nachprüfung durch den Revisionsrichter entzieht, während andererseits überall da, wo über die Tragweite einer solchen Bemerkung des Vorderrichters begründete Zweifel obwalten, allerdings der Ort des Urtheils, an welchem sich eine solche Bemerkung findet, wesentlichen Einfluß äußern und die Folge haben kann, daß ein Satz, welcher in den Entscheidungsgründen steht, als rechtliche Konklusion anzusehen ist, während derselbe, wenn er der Rubrik „Thatbestand" einverleibt worden wäre, den Charakter einer thatsächlichen Feststellung haben würde [9]),

daß im Uebrigen aber in keinem Falle zwischen dem Thatbestande und den Entscheidungsgründen wirkliche Widersprüche, welche sich nicht mit einander vereinigen lassen, bestehen dürfen [10]).

---

[9]) Hat eine solche, in den „Entscheidungsgründen" enthaltene thatsächliche Bemerkung im einzelnen Falle die Wirkung einer zulässigen Ergänzung des Thatbestandes, so müßte die Berichtigung derselben auch als Berichtigung des Thatbestandes in Gemäßheit §. 291 CPO. zulässig sein. In diesem Sinne entschied mit Recht die Majorität des Richtercollegiums in dem bei **von Kräwel** (Busch, Zeitschrift Bd. III S. 461 No. X unter 1 referirten Rechtsfalle).

[10]) Bestehen solche Widersprüche, welche sich schlechterdings mit einander nicht vereinigen lassen, so fehlt es in Betreff der einschlagenden Punkte an einem zweifellosen Thatbestande, an einer Sachdarstellung, welche die Grundlage zur Anwendung der Gesetze und der Entscheidung des Streitfalles geben kann und insbesondere auch dem Revisionsrichter die Prüfung entzieht, ob die Gesetze richtig angewendet worden sind. (S. auch Urtheil des RG. V. Civilsenat vom 4. Mai 1881 oben §. 2 No. 40). Es liegt dann ein Widerspruch in den thatsächlichen Feststellungen vor, welcher die Frage über den Bestand der betreffenden Thatsache als ein „non liquet" erscheinen läßt und deshalb, soweit es darauf ankommt, nothwendig zu einer Aufhebung des Urtheils führen muß. S. **Bähr** a. a. O. Seite 233. Vgl. auch **Vierhaus** bei **Busch** V S. 87: „die äußerliche Tren-

Aus der Praxis des Reichsgerichts[11]) möge hier folgendes hervorgehoben werden:

a.

In einem Urtheile des dritten Civilsenates vom 23. November 1880[12]) wird — nach Widerlegung der vom Revisionskläger aufgestellten Behauptung, daß das angefochtene Berufungsurtheil gar keinen Thatbestand enthalte — für unwesentlich erklärt,

daß dieser (allerdings vorliegende) Thatbestand des angefochtenen Urtheils „nicht, wie es allerdings angemessen gewesen wäre und insbesondere auch im Interesse der Parteien, um ihnen für etwaige Anträge auf Berichtigung oder Ver-

---

nung des Thatbestandes von den Entscheidungsgründen ist nicht wesentlich, so lange klar erkennbar bleibt, was der Richter als Thatbestand, was er als Entscheidungsgründe hat angesehen wissen wollen."

[11]) Das bei Struckmann und Koch S. 313 (Ed. IV) Bem. 4 angezogene Urtheil des Reichsgerichtes, I. Civilsenat, vom 10. Mai 1880 (Entsch. II No. 38 S. 143, vgl. auch oben §. 2 No. 2) dürfte Material, welches für die vorliegende Frage einschlägt, nicht enthalten. In dem dort entschiedenen Rechtsfalle handelte es sich um den Thatbestand eines Berufungsurtheils, welcher die Klagbehauptungen nicht präcis wiedergab, während die Entscheidungsgründe des Urtheils nicht in Betracht kamen. Ebensowenig scheint aus dem Urtheile des III. Civilsenats vom 8. Oktober 1880 (Entsch. II No. 117 S. 404, vgl. oben §. 2 No. 4) für dieselbe Frage etwas entnommen werden zu können. In diesem zweiten Falle handelte es sich darum, ob wegen mangelnden Thatbestandes ein Berufungsurtheil unter Umständen von Amtswegen aufgehoben werden könne.

[12]) vgl. oben §. 2 No. 5, Entsch. II No. 123 Seite 421 fg. In dem dort referirten Rechtsfalle wurde dagegen eine wesentliche Verletzung des §. 284 Z. 3 darin gefunden, daß das Berufungsgericht in seinen Gründen eine Reihe von Thatumständen, welche in dem erstinstanzlichen Thatbestande nicht erwähnt waren, in Betracht gezogen hatte, ohne festzustellen, was hierüber vor ihm verhandelt worden. Das RG. führte — mit Bezugnahme hierauf — aus: während einerseits aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurtheils sich ergebe, daß die Verhandlung in der Berufungsinstanz sich keineswegs bloß auf das nach dem Thatbestande der 1. Instanz dort Vorgetragene beschränkt habe, sei andererseits die in der Berufungsinstanz über neue Thatsachen stattgehabte mündliche Verhandlung nicht festgestellt worden, — ein Mangel des Thatbestandes, welcher die Aufhebung des Urtheils und die Zurückverweisung der Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung unvermeidlich mache, da es an der für die Entscheidung der Revisionsinstanz unentbehrlichen thatsächlichen Grundlage fehle." vgl. hiergegen die Polemik Bähr's a. a. O. S. 233 fg.

vollständigung des Thatbestandes (§§. 290. 291) eine deutlich abgegrenzte Grundlage zu geben, geboten erscheine," von den Gründen äußerlich gesondert worden sei.

b.

In einer Revisionssache wurde vom Beklagten (Revisionskläger) die Revision unter Anderem darauf gestützt, daß eine in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Berufungsurtheiles enthaltene Darstellung demjenigen zuwiderlaufe, was der zweite Richter selbst als Thatbestand aufgestellt habe.

Das Reichsgericht — I. Civilsenat — führte im Urtheile vom 29. September 1880 [13]) in der hierher gehörigen Beziehung folgendes aus:

jener vom Revisionskläger gemachte Vorwurf würde nur dann begründet sein, wenn es richtig wäre, daß der Thatbestand lediglich im ersten Theile der zur Begründung des Tenors gegebenen Darstellung enthalten sein dürfte und der zweite Theil sich auf Rechtsanführungen zu beschränken hätte. Allein eine derartige Bestimmung sei im Gesetze nicht enthalten. Zwar seien in §. 284 CPO. die einzelnen Bestandtheile des Urtheiles unter einzelnen Nummern aufgeführt; allein daraus folge nicht, daß diese Bestandtheile auch nothwendig von einander örtlich völlig geschieden gehalten werden müßten. Nur für die Urtheilsformel sei diese „äußerliche Sonderung" vorgeschrieben. Gerade aus dieser ausdrücklichen Hervorhebung sei ein argumentum a contrario betreffs der anderen Bestandtheile des Urtheils zulässig.

---

[13]) vgl. oben §. 2 No. 1 dieses Urtheil dürfte identisch sein mit dem von v. Streich (Gruchot Bd. XXV S. 244) angeführten, vom 3. Mai 1880 datirten Urtheile desselben Civilsenates.

Abweichend von den in dem ang. Urtheile entwickelten Grundsätze hat das Oberlandesgericht Braunschweig erkannt, im Urtheile vom 9. Mai 1881 vgl. Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig Jahrg. XXX (1883) No. 2 S. 26. Seuffert Archiv N. F. Bd. 37 No. 262. S. nachstehend unter h.

Der größeren Deutlichkeit halber erschien es übrigens angemessen, die einschlagenden Ausführungen der betreffenden Urtheile hier in extenso zu geben, anstatt mit der bloßen Verweisung auf dieselben sich zu begnügen. Wird ja doch erfahrungsmäßig das Verständniß eines ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes wesentlich durch die (wenn auch nur annähernde) Kenntniß des Sachverhaltes erleichtert, auf welchem der Rechtssatz beruht.

Hiernach sei es, wenn gleich es im Interesse der Uebersichtlichkeit äußerst wünschenswerth erscheine, daß die thatsächlichen Feststellungen von den rechtlichen Erörterungen möglichst gesondert gehalten werden, doch nicht als ein rechtlicher Verstoß anzusehen, wenn im **einzelnen** Falle von diesem Verfahren abgewichen werde.

Zwar könne davon ausgegangen werden, daß der Richter — namentlich dann, wenn er (zweckmäßiger Weise) seine Ausführungen unter besondern Rubriken (Thatbestand und Entscheidungsgründe) gebracht habe, an erster Stelle alles den Thatbestand betreffende habe zusammenstellen und an zweiter Stelle nur rechtliche Erwägungen habe geben wollen. Allein, wenn auch in Zweifelsfällen auf die Anordnung der einzelnen Sätze Gewicht zu legen sei, so sei dieselbe doch nicht unbedingt maßgebend. Entscheidend dafür, ob eine Aeußerung als thatsächliche Feststellung oder als rechtliche Erörterung aufzufassen, sei der Inhalt derselben. Ebensowenig wie der Revisionsrichter durch eine rechtliche Deduktion des Vorderrichters deswegen gebunden sein würde, weil dieselbe sich unter der Rubrik „Thatbestand" vorfinde, könne einer thatsächlichen Feststellung darum die Anerkennung versagt werden, weil dieselbe unter den rechtlichen Ausführungen ihren Platz gefunden habe [14]).

---

[14]) In concreto hatte der verstorbene Kaufmann B. auf sein Leben zu Gunsten seiner Ehefrau und seiner beiden Töchter Versicherung genommen. Die hinterlassenen Erben B's. forderten von M. die Herausgabe der in seinen Händen befindlichen Police. M. machte ein an der ihm von B. übergebenen Police zustehendes Pfand- und Retentionsrecht geltend. In den Urtheilen der ersten und zweiten Instanz wurde keines dieser Rechte als begründet erachtet. In dem Berufungsurtheile waren zunächst unter gewissen Nummern die Behauptungen des Beklagten, auf welche dessen Exception sich stützte, darunter die von ihm behauptete Vereinbarung mit B. bei Einhändigung der Police, dahin gehend, es solle dieselbe ihm als Pfand für alle aus dem zu eröffnenden Diskontoverkehre herrührenden Ansprüche haften, referirt und sodann war weiter angeführt, der Beklagte habe einen Buchauszug, enthaltend 47 verschiedene Wechsel, unter der Behauptung überreicht, daß er alle diese Wechsel diskontirt habe und daß 7 derselben — näher bezeichnete — identisch seien mit den in der Klagbeantwortung aufgeführten und zum B'schen Konkurse angemeldeten auch dort anerkannten Wechseln. Weiter hieß es dann im Berufungsurtheile, daß zum Beweise der Richtigkeit dieser Darstellung auf die dort näher aufgeführten Beweismittel Bezug genommen werde.

In den Entscheidungsgründen des Berufungsurtheils findet sich ausgeführt, die vom Beklagten behauptete Uebereinkunft könne nur so verstanden werden, daß die Forderung gegen die Versicherungsgesellschaft verpfändet, nicht die Police als Faustpfand gegeben werden solle. Eine Forderung könne aber nur

c.

In einem Falle, welcher die Klage auf Rückzahlung eines — nach Ansicht der klagenden Partei unrechtmäßig erhobenen — fiskalischen Stempelbetrages zum Gegenstand hatte [15]), war vom Berufungsrichter bei Begründung seiner Entscheidung unter Anderem auch der Umstand herangezogen worden, daß der Provinzial-Steuerdirektor selbst in einem Schreiben vom 24. April 1880 erklärt habe: „er sehe der Einreichung des defektirten Stempels binnen 14 Tagen entgegen."

---

in schriftlicher Form rechtsgültig verpfändet werden. Die Gründe fahren sodann fort:

„indessen, auch abgesehen hiervon, seien alle vorstehenden thatsächlichen Anführungen des Berufungsklägers bestritten und in keiner Weise unter Beweis gestellt, da nach dem ganzen Zusammenhange seiner Auslassung die sämmtlichen, von ihm angerufenen Beweismittel nur auf die Existenz der von ihm zum B.'schen Konkurse angemeldeten Forderungen, und nicht auf die gleichfalls bestrittene thatsächliche Begründung des prätendirten Pfandrechts zu beziehen seien."

Das Reichsgericht führte nun aus: es werde hier an der fraglichen Stelle der Entscheidungsgründe zweiter Instanz nicht etwa nur auf dasjenige, was im ersten Theile der Gründe thatsächlich festgestellt sei, Bezug genommen und daraus eine rechtliche Folgerung gezogen, sondern es werde ein neues thatsächliches Moment, nämlich der „ganze Zusammenhang der Auslassung" des Beklagten hervorgehoben und dieses Moment werde dahin verwerthet, es ergebe sich daraus, daß die Beweisantretung auf einen Theil des Vorbringens zu beschränken sei. In diesem Vorbringen eines neuen thatsächlichen Moments könne nur eine Ergänzung des vorher unvollständig mitgetheilten Thatbestandes gefunden werden. Die Darlegung des Sinnes dieser Ergänzung sei aber eine der Nachprüfung des Revisionsrichters sich entziehende lediglich thatsächliche Feststellung.

[15]) Ueber die species facti dieses Falles hier nur folgende kurze Bemerkung. Bei einer vom Stempelfiskal vorgenommenen Revision von Akten einer Association war ein Urkundenstempel von — Mark defektirt worden. Klägerin, die Association, zahlte den Betrag am 12. Mai 1880 beim Hauptsteueramte gegen Empfang gleichwerthiger Naturalstempel ein, ohne dabei sich die Rückforderung vorzubehalten. Dagegen erklärte sie diesen Vorbehalt in einem Schreiben an den Provinzial-Steuerdirektor, womit sie Letzterem am 13. Mai die kassirten Stempelbogen überreichte. Gegen die von ihr auf Rückzahlung des angeblich mit Unrecht erhobenen Stempels angestellte Klage wendete der beklagte Fiskus ein, daß die Zahlung als vorbehaltlos geleistet anzusehen sei. Dieser Einwand wurde vom Kammergerichte verworfen und die vom Fiskus eingelegte Revision zurückgewiesen.

In dem eigentlichen, den Entscheidungsgründen vorausgeschickten Thatbestande des Urtheils war von diesem Schreiben nicht die Rede. Der beklagte Fiskus rügte mit Rücksicht darauf eine Verletzung des Princips der Mündlichkeit, weil der Berufungsrichter die Entscheidung auf einen Umstand gründe, von dem sich nicht ersehen lasse, ob derselbe Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sei.

Das Reichsgericht[16]) bezeichnete jedoch diese Rüge als unzutreffend und führte aus:

„es ist nicht unzulässig, in einzelnen Punkten den Thatbestand in dem beurtheilenden Theile des Urtheils zu ergänzen, und daß das Schreiben vom 24. April 1880 Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen, ist eben durch diese Ergänzung des Thatbestandes nach §. 285 CPO. so lange für bewiesen zu erachten, bis durch das Sitzungsprotokoll das Gegentheil dargethan ist."

d.

Weiter hatte in einem anderen Falle[17]) der Richter erster Instanz unter der Bezeichnung „Gründe" den Thatbestand und die Entscheidungsgründe zusammengeworfen[18]). Im Eingange der „Gründe" war von ihm u. A. gesagt: Beklagter habe bemerkt, daß der Werth der Ernte nicht so hoch sei, wie klägerischer Seits angegeben. Bei den Erwägungen, durch welche die getroffene Entscheidung gerechtfertigt wurde, hieß es dann weiter:

---

[16]) Urtheil des IV. Civilsenats vom 30. Mai 1881. vgl. Gruchot's Beiträge Bd. XXVI Seite 126 fg. und oben §. 2 No. 28. In dem bei Puchelt und Duy: juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen VIII. Jahrgang 5. Heft S. 195 mitgetheilten Urtheile des Reichsgerichts, II. Civilsenat vom 10. April 1883 ist dem (in der Revisionsinstanz gerügten) Umstande, daß der erlassene Beweisbeschluß, sowie die stattgehabte Zeugenvernehmung im Thatbestande des Berufungsurtheils unerwähnt geblieben, keine entscheidende Bedeutung beigelegt, „da aus den Entscheidungsgründen sich zur Genüge ergab, daß das Ergebniß der Beweisaufnahme bei der mündlichen Verhandlung von den Anwälten vorgetragen war und das Oberlandesgericht dasselbe seiner Prüfung unterzogen hatte."

[17]) vgl. Urtheil des Reichsgerichts, III. Civilsenat, vom 14. Februar 1882 bei Fenner und Mecke, III. Bd. No. 100 Seite 178 (vgl. oben §. 2 No. 31).

[18]) Nach der Darstellung bei Fenner und Mecke a. a. O. wird in dem reichsgerichtlichen Urtheile diese „Zusammenwerfung" als der Vorschrift des §. 284. No. 3. 4 zuwiderlaufend bezeichnet.

„die von ihm (Kläger) angegebene Höhe des Schadens ist für zugestanden angenommen, weil Beklagter, der die Ernte der Quantität nach zugestand, in seiner Einlassung sich nicht auf generelles Bestreiten des Werthes beschränken durfte."

Der Berufungsrichter nahm bezüglich des Parteivorbringens erster Instanz auf das angefochtene Urtheil Bezug, mit dem Bemerken, daß die Parteien bei der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz ihre früheren thatsächlichen Behauptungen wiederholt haben. Hinsichtlich der Ernte erwähnte der Berufungsrichter in seinem Thatbestande, es habe Beklagter nicht blos die vom Kläger behauptete Quantität, sondern auch die erfolgte Abgabe eines Zugeständnisses in dieser Beziehung bestritten. Gleichwohl verurtheilte er den Beklagten zur Zahlung der geforderten Entschädigung — in der Erwägung, daß das in erster Instanz festgestellte Zugeständniß des Beklagten hinsichtlich der Quantität nicht durch ein jetziges Bestreiten beseitigt werden könne und daß Beklagter die Preise in zweiter Instanz nicht bemängelt habe.

Das Reichsgericht vermißte bei dieser Gestaltung der Sache eine ausreichende Feststellung des Zugeständnisses des Beklagten in Betreff der Quantität der Ernte. Die diesbezügliche Bemerkung des ersten Richters befinde sich nicht in der von ihm vorausgeschickten Sachdarstellung, sondern sei in einen Entscheidungsgrund eingeschoben; es werde nicht gesagt, wann Beklagter das Geständniß abgegeben und wie es gelautet habe; es müsse vielmehr angenommen werden, daß der erste Richter durch den fraglichen Zwischensatz keine Feststellung gemäß CPO. §. 261 getroffen, sondern eine nicht festgestellte Thatsache als Entscheidungsgrund verwendet habe.

e.

In einem Urtheile des dritten Civilsenats vom 29. Juni 1880[19]) ist gesagt:

„während Thatbestand und Entscheidungsgründe der Art aus einander zu halten sind, daß das Revisionsgericht in der Lage ist, bei Fällung seines Urtheiles die thatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreites von den Schlußfolgerungen, durch welche der Berufungsrichter zu seiner Entscheidung gelangte, zu trennen (§. 284 Z. 34 CPO.), enthalten die Entscheidungsgründe mehrfach wesentliche thatsächliche Feststellungen."

(In concreto wurde indessen diesem Mangel der Sonderung des Thatbestandes von den Entscheidungsgründen nach der sonstigen Sachlage durchschlagendes Gewicht nicht beigelegt).

---

[19]) S. oben §. 2 No. 11 und §. 3 No. XII.

In einem Urtheile des fünften Civilsenats vom 23. Oktober 1880 [20]) heißt es:

„eine äußerliche Trennung des Thatbestandes von den Entscheidungsgründen ist nicht vorgeschrieben. Die CPO. schreibt nicht vor, daß, wenn eine Sonderung der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe in dem Erkenntnisse vorgenommen worden ist, nur die in dem formell als Thatbestand bezeichneten Theile angeführten Umstände als die dem Erkenntnisse zum Grunde liegenden Thatsachen anzusehen seien. Es ist daher in einem solchen Falle eine Prüfung, ob der Richter noch andere Thatsachen, als die in dem als Thatbestand bezeichneten Theile des Erkenntnisses erwähnten seiner Entscheidung zum Grunde gelegt hat, nicht ausgeschlossen."

Derselbe oberste Gerichtshof hat ferner insbesondere dem Umstande, daß im Thatbestande des Berufungsurtheils die von den Parteien in der Berufungsinstanz gestellten Anträge nicht erwähnt waren, für einen Mangel nicht erachtet, da (in concreto) einestheils sich aus den Entscheidungsgründen ergab, welche Beschwerden der Revisionskläger gegen das erstinstanzliche Urtheil erhoben hatte und anderntheils diese Lücke des Berufungsurtheils aus dem Sitzungsprotokoll insofern zuläſſig ergänzt werden durfte, als in letzterem ausdrücklich hervorgehoben war, daß der Anwalt des Berufungsklägers die in der Berufungsschrift und in einer Anlage jenes Protokolls enthaltene Anträge, der Anwalt des Berufungsbeklagten die in einer weiteren Protokolls-Anlage verlautbarten Anträge gestellt habe und bei einer Vergleichung dieser Anträge mit dem Gesammtinhalte des angefochtenen Berufungsurtheils kein begründeter Zweifel darüber obwalten konnte, daß das Beschwerdegericht sämmtliche Beschwerdepunkte gewürdigt habe [21]).

---

[20]) vgl. Blum: Annalen II. Bd. No. 138 S. 581.

[21]) vgl. U. des RG. III. Civilsenat vom 29. Oktober 1880 bei Fenner und Mecke II. Bd. No. 17 S. 27.

Die Anträge sind zwar im Thatbestande zu verlautbaren und die Unterlassung dieser Erwähnung enthält an sich einen Mangel. Auch das RG. hat in einem Urtheil (I. Civilsenat) vom 16. März 1881 (vgl. Entsch. Bd IV No. 123 S. 428 fg.) einen Mangel des Berufungsurtheils darin erblickt, daß im Thatbestande desselben die von den Parteien in der Berufungsinstanz gestellten Anträge nicht erwähnt waren. Es wird indessen dieser Mangel nicht als ein solcher bezeichnet, welcher nach §. 513 CPO. stets bewirke, daß die Entscheidung als auf einer Gesetzesverletzung beruhend erscheint; und ein solcher Verstoß könne insbesondere dann nicht angenommen werden, wenn die gestellten Anträge aus dem Protokoll ersichtlich sind.

f.

In einem weiteren Falle handelt es sich um Kaufpreis für mehrere Hopfenlieferungen, die der Kläger auf Grund einer vom Sohne des Beklagten im Sommer 1876 gemachten Bestellung bewirkt haben wollte.

Beklagter wendete ein, er habe am 1. September 1876 die Brauerei an seinen Sohn abgegeben, Kläger sei hiervon benachrichtigt worden und folglich sei der nachher vom Kläger gelieferte Hopfen nicht dem Beklagten, sondern dem Sohne geliefert. Wesentlich war hiernach die Zeit der Bestellung.

Nach dem Thatbestande des Berufungsrichters beruhte nur soviel außer Streit, daß die drei Posten vom 7. Juli 1876, 11. November 1876 und 8. Januar 1877 im Sommer 1876 beim Geschäftsreisenden des Klägers bestellt worden seien, während Kläger eine Behauptung des Inhalts, daß diese Bestellungen gleichzeitig und zwar vor dem 7. Juli 1876 erfolgt seien, in den mündlichen Verhandlungen wenigstens nicht aufgestellt hatte. Dagegen war in den Entscheidungsgründen des Berufungsrichters die Bestellung als vor dem 1. September 1876 erfolgt angenommen.

Das Reichsgericht — III. Civilsenat —[22]) erachtete die Revision für begründet, indem es ausführte:

„die Entscheidungsgründe des Berufungsurtheils nehmen eine Thatsache als wahr an, welche so, wie sie hingestellt wird, ausweislich des Thatbestandes in der mündlichen Verhandlung von den Parteien weder behauptet noch zugestanden worden ist (vgl. §. 516 Z. 3 CPO). Als eine Ergänzung des Thatbestandes läßt sich jene Erwägung nicht auffassen. Dazu würde mindestens erforderlich gewesen sein, daß sich das Berufungsurtheil in den Gründen auf das Ergebniß der mündlichen Verhandlung bezogen hätte."

g.

Die in die Entscheidungsgründe verwebte Darstellung von Material, welches in den Thatbestand gehört, wird weiter für unzulässig erklärt in einem Urtheile des Reichsgerichts — I. Civilsenat — vom 28. Mai 1881[23]).

Die Verlesung der Parteianträge braucht nicht schlechterdings im Thatbestande konstatirt zu werden, wenn nur die erfolgte Verlesung aus dem Sitzungsprotokolle erhellt. — Ueber die Bedeutung der schriftlichen Berufungsanträge für die mündliche Berufungsverhandlung vgl. übrigens Entsch. des RG. VIII S. 161 fg.

[22]) Urtheil vom 27. Dez. 1880 vgl. oben §. 2 No. 13.

[23]) vgl. oben §. 2 No. 17.

In demselben wird zunächst unter gewissen (gegenwärtig nicht näher zu erörternden) Voraussetzungen es als statthaft bezeichnet, im Berufungsurtheile anstatt einer selbständigen neuen Darstellung des gesammten Streit- und Sachverhältnisses eine Verweisung auf das Urtheil erster Instanz eintreten zu lassen, sodann aber ausgeführt, daß in concreto das Urtheil erster Instanz durchaus eines den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Thatbestandes entbehre.

> „Die in die Entscheidungsgründe (wird im Revisionsurtheile fortgefahren) verwebte Darstellung des über vier von den Beklagten vorgeschützte Einwendungen Verhandelten kann selbstverständlich diesen Mangel nicht ersetzen, da damit nur vereinzelte Bruchstücke aus dem Inhalte der mündlichen Verhandlung gegeben werden."

h.

Das H. Oberlandesgericht Braunschweig neigt der strengeren Meinung zu und erachtet die Ergänzung des Thatbestandes aus den Entscheidungsgründen für unzulässig.

In einem Urtheile (I. Civilsenat) vom 9. Mai 1881 [24]) wird in dieser Richtung ausgeführt:

> „Zumal wenn in einem Urtheil Thatbestand und Entscheidungsgründe vollständig von einander getrennt gehalten sind, können beiläufig in den letzteren vorkommende Anführungen, welche nicht die Konstatirung enthalten, daß bestimmte Thatsachen und Beweismittel angegeben seien, sondern nur die Vermuthung begründen, daß neben dem im Thatbestande fixirten status causae et controversiae noch andere beispielsweise in den vorbereitenden Schriftstücken enthaltene thatsächliche Angaben bei der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebracht seien, als Theil des Thatbestandes selbst (§§. 284³, 285) nicht angesehen werden. Wenn also der Beklagte, ungeachtet, wie er selbst angiebt, die betreffende Behauptung bei der Schlußverhandlung in erster Instanz von ihm wirklich geltend gemacht worden ist, versäumt hat, die danach vorhandene Unvollständigkeit des Thatbestandes zum Gegenstande des in 291 daselbst nachgelassenen Berichtigungsverfahrens zu machen, so kann er sich nicht beschweren, wenn hinsichtlich der Kostenfrage von der Vorschrift in §. 92 Abs. 2 CPO. Gebrauch gemacht wird."

---

[24]) vgl. Seuffert's Archiv Bd. XXXVII (NF. VII) No. 262 Zeitschrift für Rechtspflege" im Herzogthum Braunschweig Jahrg. XXX (1883) N. 2 S. 26. S. oben §. 2 No. 43.

i.

Zum Schlusse mögen hier noch die Gesichtspunkte hervorgehoben werden, welche das K. Sächsische Justizministerium in Betreff der hier erörterten Frage für maßgebend erachtet [25]).

„Der Thatbestand im Sinne von §. 284³. CPO. „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge" hat in übersichtlicher Weise das thatsächliche Material zu umfassen, welches für die Entscheidung des Rechtsstreites von Bedeutung ist oder — da auf die Möglichkeit einer Entscheidung in der Berufungsinstanz Rücksicht zu nehmen ist, — eine solche Bedeutung bei anderer faktischer oder juristischer Auffassung des Parteivorbringens gewinnen kann, während die Entscheidungsgründe mit der juristischen Beurtheilung dieses Streitmaterials sich zu beschäftigen haben.

Es ist nicht zu verkennen, daß in manchen Fällen es zur Erleichterung des Verständnisses und zur Vermeidung von Wiederholungen gereichen wird, wenn die Sonderung der Thatbestandsmomente von den Entscheidungsgründen nicht in rigoröser Weise durchgeführt wird, daß es namentlich zweckmäßig erscheinen kann, Einzelnes, was als zum Thatbestande gehörig aufgefaßt werden kann, den Entscheidungsgründen einzureihen.

Allein im Allgemeinen wird bei der Unterweisung und Anleitung der im Vorbereitungsdienste befindlichen, noch weniger geübten Juristen darauf besonderes Gewicht zu legen sein, daß dieselben sich in der bezeichneten Richtung, wie überhaupt an eine scharfe Zergliederung des in nicht geordneter Weise dargebotenen und zu verarbeitenden Materials, an eine exacte Einreihung der verschiedenen Bestandtheile desselben unter verschiedene Gesichtspunkte und zugleich daran gewöhnen, das Unwesentliche von dem Wesentlichen zu trennen und das Erstere auszuscheiden [26])."

---

[25]) Sie finden sich in einer an ein Amtsgericht erlassenen amtlichen Verordnung vom 1. April 1881, welche die Unterweisung der Referendare bei Anfertigung von Urtheilen zum Gegenstande hat. vgl. K. Sächs. Justizministerialblatt XV. Jahrg. (1881) S. 26 fg.

[26]) Im Anschlusse hieran wurde an einem der Beurtheilung jener obersten Justizverwaltungsbehörde unterbreiteten erstinstanzlichen Thatbestande insbesondere ausgestellt, daß unter der Bezeichnung „Thatbestand" in der Hauptsache nicht eine Darstellung des Sach- und Streitstandes, sondern eine, nicht einmal nach logischen Gesichtspunkten geordnete Prozeßgeschichte gegeben und dabei Vorgänge mit zur Erwähnung gelangt waren, welche überhaupt für jede Entschei-

§. 9.

Beweiskraft des Thatbestandes. Verhältniß desselben zu dem Sitzungsprotokolle.

I. Zur Entstehungsgeschichte des §. 285 der Civil-Prozeßordnung.

Die Verhandlungen der Norddeutschen Kommission zeigen zwar im Betreff dieser Lehre ein mannigfaches Schwanken der Ansichten, liefern aber ein reichhaltiges Material für Prüfung derselben.

Diese Erwägung rechtfertigt ein kurzes Resumé aus den betreffenden Vorgängen.

Bei der Berathung des Entwurfes einer CPO. für die Staaten des Norddeutschen Bundes waren die Ansichten über die Beweiskraft des im Urtheile enthaltenen Thatbestandes, falls dieser mit den zu Protokoll erfolgten Feststellungen nicht übereinstimmt, getheilt [1]). Während von einer Seite geltend gemacht wurde, daß der Thatbestand des Urtheils nur dann entscheidend sein solle, wenn die darin enthaltene Abweichung vom Audienzprotokolle, als solche, ausdrücklich festgestellt sei, und es alsdann nicht darauf ankommen solle, ob diese Feststellung im Thatbestande oder in den Entscheidungsgründen des Urtheils erfolgt sei, ging eine andere Auffassung dahin, daß lediglich die im Urtheile enthaltene Bezeugung des Gerichts über den Inhalt der mündlichen Verhandlung entscheiden müsse; denn die entgegengesetzte Meinung sei mit dem Grundsatze der Mündlichkeit nicht vereinbar und führe mit Nothwendigkeit zur Annahme des Schriftlichkeitsprinzips und zu der höchst bedenklichen Praxis, daß das gesammte mündliche Vorbringen durch das Sitzungsprotokoll fixirt werde.

Die gleiche Meinungsverschiedenheit trat bezüglich des Falles hervor, wenn die in dem Thatbestande oder in den Entscheidungsgründen des Urtheils

---

dung einflußlos erschienen, während der als „Entscheidungsgründe" bezeichnete Theil des Urtheils zumeist nur faktisches Material, und sonach „Elemente enthielt, aus welchen der Thatbestand herzustellen gewesen wäre." vgl. ang. Justizministerialblatt S. 26.

[1]) vgl. Protokoll über die Sitzung CIII vom 30. Sept. 1868 Seite 595 f., insbes. S. 597 f.

enthaltenen Feststellungen mit dem Inhalte der Schriftsätze nicht übereinstimmen [2]).

Die Mehrheit der Kommission beschloß indessen, daß eine Bestimmung darüber, ob im Falle der Nichtübereinstimmung das im Urtheile Festgestellte oder der Inhalt des Audienzprotokolles, beziehungsweise der Schriftsätze den Vorzug habe, nicht aufgenommen werden solle; in der Regel werde zwar die im Urtheile bewirkte Feststellung entscheidend sein; denkbar seien aber Fälle, in denen die Glaubwürdigkeit dieser Feststellung durch das Audienzprotokoll gemindert werden könne; es sei deshalb bedenklich, jene Regel und deren Ausnahme durch das Gesetz zu fixiren und es sei richtiger, dem Ermessen des Gerichts im einzelnen Falle die Prüfung zu überlassen, welcher Werth der Feststellung durch das Urtheil, bez. der Feststellung durch das Sitzungsprotokoll oder die Schriftsätze beizumessen sei [3]).

In der Sitzung CCXLII vom 29. September 1869 [4]) wurde die Frage angeregt, welche Bedeutung dem Thatbestande des Urtheils erster Instanz (§. 329 Ziff. 5 des Komm.-Entw.) hinsichtlich der darin enthaltenen Parteierklärungen ꝛc. für die zweite Instanz beizulegen sei, und es wurde entwickelt, daß das Urtheil in dieser Beziehung nicht als öffentliche Zeugnisurkunde (im Sinne des §. 544 des Komm.-Entw.) gelten könne, sondern ebenso wie bei obwaltendem Widerspruche zwischen dem Thatbestande und dem Inhalte des Audienzprotokolls, bez. der Schriftsätze der freien Würdigung des Richters unterliege.

Von anderer Seite wurde dagegen die volle Beweiskraft öffentlicher Urkunden für den Thatbestand in Anspruch genommen, dessen Gewicht durch die vorausgegangenen Verhandlungen und deren schriftliche Grundlage, sowie dadurch, daß hier ein Richter, beziehungsweise ein Richterkollegium bezeugend auftrete, erheblich verstärkt werde. Es sei bedenklich, an der Glaubwürdigkeit des Gerichts zu zweifeln, und den höheren Richter geradezu zur Prüfung dessen zu berufen, was der erste Richter als vor ihm festgestellt bezeugt habe.

Dem wurde jedoch eingehalten, daß die Aufnahme des Thatbestandes nicht zum Zwecke der Herstellung einer Urkunde und unter den hierfür geltenden schützenden Formen erfolge. Nur soweit der Richter auf Antrag einer Partei eine Erklärung protokollire, werde in der That eine solche Urkunde geschaffen. Im Uebrigen sei der Thatbestand stets das Produkt rich-

---

[2]) vgl. Prot. der Norddeutschen Komm. S. 598.

[3]) vgl. ang. Prot. S. 598.

[4]) vgl. ang. Prot. S. 1521.

terlicher Reflexion, nicht ein einfaches Zeugniß. Unbedingte Beweiskraft könne demselben demnach um so weniger beigelegt werden, als sich daran sonst eine bedenkliche Wirkung über den Prozeß hinaus knüpfen könne. Eine erhebliche Bedeutung als beweisendes Moment sei dem Thatbestande damit keineswegs abgesprochen. In der Regel werde der Richter zweiter Instanz an dem Thatbestande festhalten und nur bei sehr gewichtigen Zweifelsgründen dessen Beweiskraft verneinen; aber diese mehr thatsächliche Bedeutung eigne sich [5]) nicht zu einer positiv bindenden Beweisregel, welche lediglich den Gegenbeweis zulasse. Obwohl sodann von einer Seite noch darauf hingewiesen wurde, daß (nach §. 437 Abs. 1 des Kommissions-Entwurfes) der Thatbestand und die Thäterschaft im Kriminalprozesse in für den Civilrichter bindender Weise festgestellt werde, und während weiter bezüglich der Beweiskraft des im Civilurtheile erster Instanz enthaltenen Thatbestandes für die zweite Instanz eine ausdrückliche Vorschrift überhaupt für entbehrlich gehalten wurde —, fiel der Majoritätsbeschluß doch dahin aus, es solle ausdrücklich verordnet werden, daß dem Thatbestande des ersten Richters eine gesetzliche Beweiskraft (im Sinne des Komm.-Entwurfs) nicht beiwohne und es blieb der Redaktion vorbehalten, ob dies lediglich in negativer, die Anwendung der positiven Beweisregel einfach ausschließender Weise oder positiv durch Gestattung der freien Beweiswürdigung geschehen solle.

Die von einem Mitgliede angeregte Frage, ob nicht ausdrücklich die Abhörung des Richters über die Richtigkeit des Thatbestandes zu verbieten sei, wurde von der Kommission verneint [6]).

Mit Rücksicht auf vorstehend gedachten Beschluß beantragte später der Redaktionsausschuß [7]), in den vom Beweise durch Urkunden handelnden Abschnitte die Einschaltung des folgenden Zusatzparagraphen:

> „Die Vorschriften der §§. 535 und 544 finden auf das Urtheil, insoweit in demselben, insbesondere in dem Thatbestande (§. 329 Ziff. 5, §. 447 des Entwurfs) Erklärungen der Parteien oder sonstige bei der mündlichen Verhandlung vorgekommene Umstände erwähnt oder festgestellt werden, keine Anwendung.“

Von anderer Seite wurde eine positive Fassung gewünscht, welche es klar stelle, daß der Richter den Thatbestand nach seiner Ueberzeugung zu würdigen habe; durch einen Zusatz aber sei dem Richter die Befugniß zur

---

[5]) scil. nach dem ganzen Systeme des Entwurfs.

[6]) Prot. S. 1521—1522.

[7]) Prot. über die Sitzung CCLXXXVI S. 1674.

Ablegung eines Zeugnisses im Thatbestande über einen einzelnen Punkt der vor ihm gepflogenen Verhandlung, welcher alsdann vollbeweiskräftig festgestellt werde, zu gewähren. Es liege häufig im Interesse der Parteien, manche Vorgänge in dieser Weise bekunden zu lassen. Werde dem Gerichte, wo dasselbe unzweideutig die Absicht einer solchen Beurkundung zu erkennen gegeben habe, der Glaube versagt, so müsse dadurch das Ansehen der Gerichte gefährdet werden.

Nach eingehenden Debatten [8]) — bei denen eines theils für bedenklich erachtet wurde, unter Abweichung von allen Regeln über das Zustandekommen einer öffentlichen Urkunde den Richter und zwar auch den Amtsrichter, zur einseitigen Aufnahme einer vollbeweisenden Urkunde über einzelne Punkte der mündlichen Verhandlung zu ermächtigen, während eine andere Meinung sich überhaupt gegen Aufnahme einer positiven Vorschrift über die nicht immer in einer blosen Beweiskraft bestehende Bedeutung des Thatbestandes erklärte, wurde schließlich mit Stimmenmehrheit dem entsprechenden Paragraphen des Entwurfs folgende Fassung gegeben [9]):

> „bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf die durch das Sitzungsprotokoll festgestellten Anträge und Erklärungen der Parteien und auf den Inhalt der Schriftsätze nicht ausgeschlossen.
>
> Die durch das Sitzungsprotokoll festgestellten Anträge und Erklärungen gelten nur dann als zurückgenommen oder abgeändert, wenn die Zurücknahme oder Abänderung in dem Urtheile, insbesondere in dem Thatbestande bezeugt wird.
>
> Inwiefern Erklärungen oder sonstige bei der mündlichen Verhandlung vorgekommene Umstände, welche in dem Urtheile, insbesondere in dem Thatbestande erwähnt, aber nicht bezeugt sind, als feststehend anzusehen seien, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung."

II. Standpunkt der Civilprozeßordnung.

Die CPO. ist diesen Anschauungen des Norddeutschen Entwurfs nicht gefolgt [10]).

In den allgemeinen Motiven der ersteren werden die von letzterem Ent=

---

[8]) Prot. S. 1675 fg.

[9]) N. D. Entwurf §. 350. Prot. S. 2468.

[10]) Dieselben sind bereits vom I. Entwurfe verlassen worden.

wurfe enthaltenen Vorschriften als unannehmbar bezeichnet. Dies wird in den allgemeinen Motiven durch folgende Erwägungen[11]) gerechtfertigt:

„Uebrigens ist der Gedanke, daß der Thatbestand des Urtheils einem Berichtigungsverfahren unterliegt, den deutschen auf Mündlichkeit des Verfahrens beruhenden Gesetzeswerken mit dem Code de procédure civile gemeinsam. Jene erweitern nur die Frist und verstellen den Berichtigungsantrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur Entscheidung des Gerichts, welches den Thatbestand feststellte.

Nur der Norddeutsche Entwurf hat sich von den allgemein geltenden, bewährt befundenen Anschauungen losgesagt und nach langem Hin- und Herschwanken der Kommission sich zu Vorschriften bekannt, welche bereits mehrfach lebhaft getadelt worden sind und als unannehmbar bezeichnet werden müssen.

Ein Verfahren, welches die Berichtigung des Thatbestandes zum Gegenstande hat, kennt der Norddeutsche Entwurf nicht. Er unterscheidet, ob ein thatsächliches Vorbringen im Thatbestande erwähnt oder bezeugt ist; eine Unterscheidung, welche neu und fein ist, aus diesem Grunde aber auch wenig anspricht. Was bezeugt ist, steht unwandelbar fest; in Betreff dessen, was erwähnt ist, hat das Gericht nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob es als feststehend anzusehen sei oder nicht. Das Erstere ist bedenklich, das Letztere unnatürlich. Richter, welche einer bestimmten mündlichen Verhandlung nicht beigewohnt haben, können darüber, ob im Laufe dieser Verhandlung bestimmte Erklärungen erfolgt sind, nicht urtheilen, weil es für die freie Ueberzeugung an der erforderlichen thatsächlichen Grundlage mangelt. Noch unnatürlicher, weil den herrschenden Rechtsanschauungen widersprechend, ist es aber, wenn Anträge und Erklärungen, welche durch das Sitzungsprotokoll festgestellt sind, als zurückgenommen oder abgeändert gelten sollen, wenn diese Zurücknahme oder Abänderung in dem Urtheile, insbesondere in dem Thatbestande bezeugt wird. Die Feststellung durch das Sitzungsprotokoll erfolgt ja gerade zu dem Zwecke, um die richtige Feststellung des Sachverhältnisses im Urtheil zu sichern, so daß also das Sitzungsprotokoll in Betreff der Darstellung des Sachverhältnisses im Thatbestande des Urtheils Gegenbeweis liefert. Werden durch das Sitzungsprotokoll festgestellte Anträge oder Erklärungen zurückgenommen oder abgeändert, so wird diese Zurücknahme oder Abän-

---

[11]) Mot. S. 24, abg. bei Puchelt: Komm. I. Theil S. 27 (Hahn: Materialien I S. 128 fg.).

derung zum Sitzungsprotokolle festzustellen sein; der Richter kann das erwähnte Zeugniß mit Wirksamkeit im Urtheil nicht abgeben, weil die Feststellung zum Sitzungsprotokolle darauf abzweckt, ihn in seiner freien Thätigkeit zu beschränken [12]).

Man hat sich zu solchen Neuerungen entschlossen, um den Grundsatz der Mündlichkeit recht strenge durchzuführen. Dieses ist aber nicht nöthig. Auch kann die Konsequenz nicht zugegeben, vielmehr darf behauptet werden, daß es eine Verletzung jenes Grundsatzes enthält, wenn Richter, welcher einer bestimmten mündlichen Verhandlung nicht beigewohnt haben, darüber urtheilen sollen, ob im Laufe dieser mündlichen Verhandlung ein Antrag gestellt oder abgeändert, eine Erklärung abgegeben sei oder nicht."

Ueber die Beweiskraft des Thatbestandes enthält nun §. 285 der CPO. folgende Vorschrift:

Der Thatbestand des Urtheils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

Konform damit bestimmte bereits die Hannöver'sche Civilprozeßordnung in §. 357:

„die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile liefert rücksichtlich des mündlichen Vorbringens der Parteien vollen Beweis, welcher lediglich durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann [13])."

Die oben ausgehobene Vorschrift der Deutschen CPO. steht im Zusammenhange mit den weiteren Vorschriften dieses Gesetzes über die Beweiskraft von Urkunden [14]).

---

[12]) scil. bei Darstellung des Thatbestandes. S. auch von Bülow: Komm. zu §. 285 CPO.

[13]) Leonhardt: Komm. zur Hann. CPO. S. 251 der vierten Auflage (1867) bemerkt dazu: Diese Bestimmung ist Folge des Grundsatzes der Mündlichkeit. Die Sachdarstellung in dem Urtheile muß für den Fall, daß die Parteien darüber zweifelhaft sind, ob eine gewisse Behauptung Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sei oder nicht, vollen Beweis bilden; Gegenbeweis kann und muß aber durch das Sitzungsprotokoll geführt werden, da dasselbe gerade dazu dient, um die mündliche Verhandlung, soweit solches erforderlich erscheint, zu fixiren."

[14]) §. 259: „das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.

Daraus ergibt sich für die Beweiskraft des Thatbestandes: derselbe bildet eine öffentliche Urkunde, welche — abgesehen von dem in §. 291 geordneten Berichtigungsverfahren und abgesehen von der Bestimmung im zweiten Absatze des §. 285 — als das schriftliche Zeugniß des Gerichts über die in seiner amtlichen Eigenschaft gemachten Wahrnehmungen nach Maßgabe des §. 380 vollen Beweis über die vor dem Gerichte abgegebenen Erklärungen der Parteien liefert [15]).

Die formelle Beweiskraft, welche das Gesetz dem Thatbestande beilegt, geht aber über die Beweiskraft anderer öffentlicher Urkunden noch hinaus. Denn während bei Führung des nach §. 380 Alin. 2 zulässigen Gegenbeweises der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß §. 259 eintritt [16])

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden."

§. 380 lautet: „Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig."

§. 383 besagt: „Oeffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§. 380. 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen.

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

Beruht das Zeugniß nicht auf eigner Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann Anwendung, wenn sich aus den Landesgesetzen ergiebt, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist."

§§. 381 und 382 schlagen hier nicht speciell ein. In ersterem ist von Privaturkunden und deren Beweiskraft, in §. 382 von amtlichen Verfügungen oder Entscheidungen der Behörden die Rede.

[15]) vgl. auch Endemann: II. Th. S. 120; von Sarwey: I. Th. S. 433 Anm. 1 zu §. 285; Seuffert, Bem. 2 zu §. 285 S. 370 f.

[16]) Die von der CPO. aufgestellten, den Richter bindenden Beweisregeln beziehen sich namentlich auf den Beweis durch Urkunden (§§. 380—383) und durch Eid (§§. 421, 422, 428, 429, 437, 439. Weitere Beweisregeln finden sich in den §§. 150, 153 Abs. 2, 181 Abs. 2, 185 Abs. 2, 261, 264, 265, 278, 285, 402, 403 Abs. 2, 405 Abs. 2. Dahin gehören auch die Bestimmungen über die Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung in den §§. 129 Alin. 2.

und jedes Beweismittel, also namentlich auch die Eideszuschiebung Platz ergreift, kann nach §. 285 der Beweis, daß ein Vorgang im Thatbestande des Urtheils unrichtig beurkundet worden sei, lediglich durch das Sitzungsprotokoll, — mit Ausschluß aller anderen sonst zulässigen Beweismittel — geführt werden, m. a. W., die Feststellungen des Thatbestandes können nur dadurch widerlegt werden, daß sich im Sitzungsprotokolle entgegenstehende Feststellungen finden [17]).

Die in §. 285 ausgesprochene Beweisregel, daß der Thatbestand rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert, stimmt sonach einestheils mit der Regel des §. 380, bez. 383 überein, es stellt sich aber anderntheils diese formelle Beweiskraft des Thatbestandes als ein privilegirter Urkundenbeweis [18]) insofern dar, als eben nur dem Sitzungsprotokolle die Wirkung, jenen Beweis zu entkräften, beigelegt ist [19]).

Zur Rechtfertigung der Vorstellung, daß der Inhalt des Sitzungsprotokolles, mit Einschluß der dazu gehörigen Anlagen [20]), rücksichtlich der Beweiskraft über dem Thatbestande stehen soll, insoweit das Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung in Frage gelangt, wird die Erwägung geltend gemacht, daß das Protokoll insoweit unter Mitwirkung der Parteien zu Stande kommt, während diese beim Thatbestande fehlt [21]).

Die gesetzlichen Beweisregeln des §. 285 äußern ihre Bedeutung insbesondere für die höhere Instanz. Die höheren Instanzen müssen, wenn das Sitzungsprotokoll keinen Widerspruch dokumentirt, von der Annahme ausgehen, daß das mündliche Parteivorbringen in der unteren Instanz so gelautet hat, wie es im Thatbestande gefaßt ist, bez. wenn das Sitzungsprotokoll widerspricht, so, wie es in letzterem bezeugt ist. Vgl. Seuffert S. 371 Ed. II.

---

161 fg. 217 Alin. 4, 220, 221 Alin. 2, 296 Abs. 1, 316 Alin. 2, 392, 393 Abs. 3, 404 Abs. 3, 406 Alin. 3, 417 Alin. 3, 430, 504 Alin. 2. S. noch Einf.-Ges. zur CPO. §§. 14 No. 1. 2 und 16. Nr. 1. 2. 17.

[17]) Hellmann: Bem. 2 zu §. 285 S. 149 II. Th.

[18]) Hellmann a. a. O.

[19]) Die ideelle Auffassung des Prinzips der Mündlichkeit des Verfahrens würde an sich (vgl. von Bülow in Busch's Zeitschrift IV. Bd. S. 342 f.) dazu führen, daß die Auffassung des Richters von der Verhandlung, welche derselbe im Thatbestande niedergelegt hat, allein den Ausschlag geben müßte. Der Gesetzgeber hat indessen — in weiser Berücksichtigung der Irrthumsfähigkeit der menschlichen Natur — es für erforderlich erachtet, Vorkehrungen zu treffen, welche einer Fehlerhaftigkeit des Thatbestandes Abhülfe zu schaffen geeignet sind. Dies geschieht durch die Vorschrift in §. 285. S. noch von Bülow a. a. O.

[20]) vgl. CPO. §§. 146. 269. 270.

[21]) vgl. §§. 148. jcto 146 No. 1. 2. Endemann zu §. 285 S. 121.

Gaupp S. 158 mit Bezugnahme auf §§. 491 Abs. 2, 494, 495, 516 No. 3, 524 und §. 92 Abs. 2.

III. Umfang der Beweiskraft des Thatbestandes.

Wie bereits hervorgehoben wurde, beschränkt das Gesetz in §. 285 die dem Thatbestande des Urtheils beigelegte Beweiskraft ausdrücklich auf die Wiedergabe des mündlichen Parteivorbringens, also der von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Thatsachen und Beweismittel. Die Beweisregel gilt somit nicht bezüglich sonstiger im Thatbestande enthaltenen Konstatirungen; es kann daher der höhere Richter auf Grund anderweitiger Feststellungen, welche sich nicht auf das mündliche Parteivorbringen beziehen, eine Unrichtigkeit des Thatbestandes auch dann annehmen, wenn derselbe nicht durch das Protokoll entkräftet ist. Hier liefert das Sitzungsprotokoll keinen unumstößlichen Gegenbeweis, der Thatbestand aber denselben Beweis, wie jede andere von einer öffentlichen Behörde ausgestellte Urkunde, dergestalt, daß der Beweis einer unrichtigen Aufnahme des Thatbestandes gemäß §. 380 Abs. 2 zulässig ist [22]). Während also eine Partei, welche behauptet, daß ein im Thatbestande wiedergegebenes Vorbringen unrichtig, oder daß eine Behauptung vorgebracht, eine gegnerische Behauptung widersprochen sei, während sich aus dem Thatbestande ergibt, daß sie nicht vorgebracht, daß der Widerspruch nicht erfolgt sei, zum Beweise einer solchen Behauptung mit der aus §. 285 Abs. 2 sich ergebenden Beschränkung nur insoweit zuzulassen ist, als es sich um ein mündliches Parteivorbringen handelt, kann die Unrichtigkeit des Thatbestandes bezüglich anderer Darstellungen, als der des mündlichen Parteivorbringens in der gewöhnlichen Weise bewiesen werden, es gelten insoweit, insbesondere auch im Betreff des Verhältnisses der freien Beweiswürdigung zur Widerlegung von Urkunden die allgemeinen Grundsätze, sofern nicht in einzelnen Gesetzesbestimmungen fernere Einschränkungen hinsichtlich der Berücksichtigung von Thatsachen in dieser Beziehung aufgestellt sind [23]).

Nach dem Vorbemerkten treten die Beweisregeln des §. 285 nicht ein bezüglich der Konstatirung von Aussagen von Zeugen und Sachverständigen und von Augenscheinsergebnissen, welche mit der Darstellung des Sach- und Streitstandes verbunden worden sind. Denn wenn schon es im Interesse einer übersichtlichen und erschöpfenden Darstellung des gesammten, den Sach-

---

[22]) Petersen: Bem. 3 zu §. 285 S. 481.

[23]) z. B. §§. 150, 524, 516 No. 2. 3. Vgl. noch Wilmowski und Levy: Bem. 1 zu §. 285 S. 390 Ed. III. Puchelt: II S. 101.

und Streitstand bildenden Prozeßstoffes als angemessen bezeichnet werden muß [24]), das Ergebniß einer solchen Beweisaufnahme in den Thatbestand mit aufzunehmen, so entbehrt doch letzterer insoweit der ihm sonst nach §. 285 zukommenden Beweiskraft. In den nurgedachten Richtungen will der Thatbestand nicht bezeugen oder feststellen, sondern nur einen mehr oder weniger vollständigen Auszug aus den Beweisergebnissen darstellen [25]). Für diese anderen Feststellungen ist ausschließlich das Sitzungsprotokoll maßgebend. Die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen sind gemäß der aus §§. 146—151 sich ergebenden Regel — und mit Ausnahme der in §§. 147 und 376 vorgesehenen besonderen Fälle — zu Protokoll oder als Anlage zu demselben festzustellen. Dasselbe gilt von dem Ergebnisse einer Augenscheinseinnahme (§. 146 No. 4) [26]).

---

[24]) vgl. oben §. 5 bei Anm. 14.

[25]) vgl. Gaupp: Bem. 1 zu §. 285 S. 157 verb. mit S. 159. Zu weit geht daher Bünger (vgl. Busch's Zeitschrift IV S. 357), wenn er die Vorschriften in §. 285 CPO. über die Beweiskraft auch auf das in den Thatbestand aufgenommene thatsächliche Ergebniß der Beweiserhebungen in derselben Weise angewendet wissen will, wie auf den übrigen Theil des Thatbestandes. Die Meinung Bünger's findet wohl schon durch den Wortlaut des §. 285 cit. Widerlegung, indem darin die Beweiskraft des Thatbestandes auf das mündliche Parteivorbringen beschränkt wird. Sie wird auch von der Mehrzahl der Kommentatoren nicht getheilt. Vgl. außer dem Citate aus Gaupp noch: v. Sarwey: Bem. 1. Hellmann: Bem. 2. Petersen: Bem. 1 S. 481 Ed. II. Seuffert: Bem. 4 S. 371 Ed. II. Struckmann und Koch: Ed. IV Bem. 1. Kleiner: Bem. 2 S. 173. von Wilmowski und Levy: Bem. 1 S. 390 Ed. III. Puchelt: II S. 101 unter 7 (insgesammt zu §. 285).

[26]) Außer dem Thatbestande giebt es, wie von Rocholl a. a. O. S. 161 f. zutreffend an der Hand der einschlagenden Stellen der CPO. ausgeführt ist, noch andere Urkundsmittel, welche vom Gesetze theils mit derselben Beweiskraft, wie der Thatbestand, theils mit einer ihn noch überwiegenden Kraft ausgestattet sind. Hierher gehören insbesondere die Sitzungsprotokolle und die Schriftsätze zu Protokoll (§§. 146, 147, 261, 269, 270), die Beweisaufnahmeprotokolle (§§. 146. No. 3. 151, 327, 453), die auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten (§. 408) oder die in einer gerichtlichen Verhandlung vorgelegten und anerkannten Urkunden (§§. 390 fg.), die Protokolle über ein vorbereitendes Verfahren (§§. 315. 319). Richtig ist weiter der von Rocholl a. a. O. aufgestellte Satz, daß immer nur dasjenige Urkundsmittel eine feststellende (beweisende) Kraft habe, welches speziell für die besondere Art des Prozeßstoffes bestimmt ist. Diese Erwägung führt ohne Weiteres zu dem Resultate, daß der Urtheilsthatbestand kein Urkundsmittel für das Ergebniß einer stattgefundenen Beweisaufnahme abgeben

Zu den im Sitzungsprotokolle zu verlautbarenden Feststellungen, durch welche der Inhalt des Thatbestandes widerlegt werden kann, gehören zunächst die nach §§. 146 No. 1 und 2, 269, 270, 315, 470 CPO. erfolgenden Feststellungen.

Von dem mündlichen Parteivorbringen kommen hier allein die Fälle unter No. 1 und 2 des §. 146 in Betracht. Danach können Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geklagte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird, nur durch das Sitzungsprotokoll oder durch eine demselben schriftlich beizufügende Anlage beurkundet werden (§. 146 Abs. 2 No. 1 und Abs. 3); zu dieser Beurkundung ist das Vorlesen des Protokolls oder dessen Vorlegung an die Betheiligten zur Durchsicht erforderlich (§. 148) und gemäß §. 150 kann die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden, vorbehältlich des nach Absatz 2 dieses §. allein zulässigen Beweises der Fälschung.

Für die Parteianträge ist ausschließlich die Vorschrift in §. 269 CPO. [27]) maßgebend. Dieselben müssen im Anwaltsprozesse aus einem vor-

---

kann; keineswegs ergiebt sich aber daraus der weitere Satz, daß jede Art des Prozeßstoffes, welche nachweislich außerhalb des Thatbestandes eine Beurkundung zu finden hat, von der nochmaligen Darstellung im Thatbestande ganz ausgeschlossen sein müsse und nach der Intention des Gesetzgebers es auch sein solle, und daß es überhaupt unzweckmäßig sei, im (erstinstanzlichen) Thatbestande den Inhalt der Beweisaufnahmeverhandlung zu wiederholen. S. Roloff a. a. O. S. 164. 166. Auch dürfte die daselbst Seite 165 gegebene Begriffsbestimmung des „Sachverhältnisses", auf welches sich die Darstellung des Thatbestandes zu beschränken habe (die Darstellung des thatsächlichen Parteivorbringens einschließlich des Beweiserbietens, welches zur Begründung und Widerlegung der Klaganträge und Gegenanträge in der Verhandlung vorgetragen ist), zu eng gefaßt sein. Vgl. noch oben §. 5 bei Anm. 13.

[27]) Die Vorschriften in §§. 269. 270 beziehen sich nur auf den Anwaltsprozeß, nicht auf das amtsgerichtliche Verfahren; für letzteres gelten nach §. 470 CPO. besondere Vorschriften. S. im Allgemeinen noch von Bülow bei Busch IV. S. 344. Die in §. 146 No. 1 erwähnten Feststellungen, Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche sind ebenso wie die unter No. 3. 4. 5 erwähnten Feststellungen von Amtswegen zu bethätigen, ohne daß es eines diesbezüglichen Parteiantrages bedarf. Die Feststellung von Anträgen und Erklärungen (Fall der No. 2) ist vorgeschrieben in §§. 269. 270, bez. 470, sowie in §. 315, welcher sich nur auf das besondere vorbereitende Verfahren im Rechnungsprozesse bezieht; diese Feststellung hat theils auf Antrag (§. 270), theils von Amtswegen (§§. 269. 470. 315) zu erfolgen.

bereitenden Schriftsatze oder aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze verlesen werden und dieses Verlesen charakterisirt sich als eine für die mündliche Verhandlung vorgeschriebene Förmlichkeit, deren Erfüllung nach der präceptiven Vorschrift in §. 150 nur durch das Protokoll beurkundet werden kann.

Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide sind gemäß §. 270 Abs. 2 auf Antrag durch Schriftsatz zum Protokoll, ohne Antrag im Thatbestande (§. 284 No. 3) zu konstatiren. Eine gleiche Beurkundung erfolgt in Betreff gerichtlicher Geständnisse: durch Schriftsatz zu Protokoll auf Antrag (§. 270 Abs. 2) oder durch den Thatbestand ohne Antrag (§. 284 No. 3) [28].

Auch hinsichtlich der Thatsache der Leistung eines Eides, welche sich als eine Beweisaufnahme darstellt, gelten nicht die Beweisregeln des §. 285, sondern die allgemeinen Grundsätze. Erfolgt dieselbe, wie die Regel ist, vor dem Prozeßgericht, so bedarf sie keiner besonderen Urkundsform, erfolgt sie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so ist das Ergebniß derselben zu protokolliren (§. 327).

Insoweit es sich um den Beweis des mündlichen Parteivorbringens handelt (§. 146 No. 1 und 2) kommt nach Obigem bei Widersprüchen zwischen dem Thatbestande und dem Sitzungsprotokolle überwiegende Beweiskraft dem letzteren zu. Da in Gemäßheit §. 148 das Protokoll, insoweit es Anerkenntnisse, Verzichtleistungen, Anträge und Erklärungen enthält, deren Feststellung vorgeschrieben ist, den Betheiligten vorzulesen oder zur Durchsicht mitzutheilen ist, so muß dasselbe, insoweit als dessen Inhalt von den Parteien anerkannt ist, dem Thatbestande unbedingt vorgehen; diese privilegirte Beweiskraft kommt aber nicht auch dem gesammten übrigen Inhalte des Sitzungsprotokolls, sondern letzterem eben nur hinsichtlich derjenigen mündlichen Parteierklärungen zu, welche in den Bereich des §. 146 No. 1 und 2 fallen und in Gemäßheit des §. 148 cit. den Parteien vorgelesen und von ihnen genehmigt worden sind, mit Einschluß der Anlagen im Sinne der §§. 146 Abs. 2 und 3, 269, 270. Daher würde, wenn der Gerichtsschreiber eigenmächtig Parteivorbringen in das von ihm und vom Gerichtsvorsitzenden vollzogene Protokoll aufgenommen hätte, bezüglich dieses Prozeßstoffes die formelle Beweiskraft des Protokolles gegenüber dem Inhalte des Thatbestandes nicht eintreten [29]. Es fällt bedenklich, der Ansicht v. Sarwey's [30])

---

[28]) Außerdem auch zu Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters. §. 261.

[29]) Vgl. auch von Bülow: bei Busch IV S. 345.

[30]) Komm. I. Th. S. 434 Bem. 2. Derselbe stützt sich dabei auf die allgemeine Fassung des Gesetzes (§. 285) sowie darauf, daß eine unmittelbar nach der

beizupflichten, daß das Sitzungsprotokoll auch hinsichtlich solcher darin aufgenommenen Feststellungen über das mündliche Parteivorbringen, welche nach §. 148 nicht zur Anerkennung der Betheiligten zu bringen sind, zur Entkräftung des Thatbestandes angerufen werden könne.

Die volle Beweiskraft des Thatbestandes, welche übrigens erst mit Ablauf der Frist für die Stellung eines Antrages auf Berichtigung desselben, bez. mit der Erledigung des Berichtigungsverfahrens gemäß §. 291 CPO. beginnt[31]), ist weiter auf das Parteivorbringen in der der Urtheilsfassung unmittelbar voraufgegangenen mündlichen Verhandlung (Schlußverhandlung) beschränkt. Es folgt dies, wie von Bülow[32]) an der Hand der Gesetzesmotive (S. 25) richtig ausgeführt hat, aus dem inneren Zusammenhange zwischen dem Mündlichkeitsprinzipe und dem Institute des Thatbestandes. Hiernach können auch nur diejenigen Parteierklärungen, bez. Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, welche im Sitzungsprotokoll über die Schlußverhandlung vorschriftsmäßig festgestellt wurden, bei einer Abweichung des Thatbestandes vom Sitzungsprotokolle überwiegende Beweiskraft beanspruchen.

Es stellt sich daher eintretenden Falles die Wiederholung derartiger zu einem früheren Protokolle erfolgter Feststellungen zu dem Protokolle über die Schlußverhandlung als zweckmäßig dar. Es wird indessen, wenn der Thatbestand zwischen dem Parteivorbringen in den mehreren der Urtheilsfällung vorausgegangenen Terminen nicht unterscheidet, im Zweifel anzunehmen sein, daß eben der in der entscheidenden letzten Verhandlung vorgebrachte oder in

---

mündlichen Verhandlung erfolgte Feststellung zu Protokoll mindestens ebensoviel Glauben verdiene, als die vielleicht erst geraume Zeit nachher erfolgte Feststellung im Thatbestande. Allein dem läßt sich wohl mit Gaupp II S. 159 einhalten, daß von dem mündlichen Parteivorbringen nichts Anderes in das Protokoll, bez. als Anlage zu diesem aufzunehmen ist, als was unter die No. 1 und 2 des §. 146 fällt, unter diesem Gesichtspunkte es aber in §. 285 einer besonderen Bezugnahme auf diese Fälle eines Parteivorbringens im §. 164 No. 1 und 2 nicht bedurfte.

[31]) vgl. auch Gaupp II S. 158. Sofern der Thatbestand noch nicht endgültig festgestellt ist, sondern dessen Berichtigung verlangt wird, kann daher die Vorschrift des §. 285 im Berichtigungsverfahren nicht angerufen werden. S. auch Petersen S. 482.

[32]) a. a. O. S. 339. Die allgemeinen Mot. der CPO. S. 25 sagen: „diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar voraufgeht, stellt sich prinzipiell als die entscheidende dar.“ (Hahn: Materialien II. Bd. 1. Abth. S. 129.)

dieser als vorgetragen anzunehmende Prozeßstoff zur Darstellung gelangt sei [33]).

Der zwischen dem Sitzungsprotokolle und dem Thatbestande vorhandene Widerspruch würde aber dann nicht gehoben sein, wenn im Thatbestande ausdrücklich konstatirt wäre, daß das im Sitzungsprotokolle bezeugte Vorbringen später abgeändert worden sei. Eine im Thatbestande enthaltene ausdrückliche Konstatirung dahin, daß eine früher zum Sitzungsprotokolle erfolgte Feststellung nachträglich in einer anderen Verhandlung, bez. in der Schlußverhandlung eine Abänderung erfahren habe, entbehrt der Beweiskraft, insofern nicht das entscheidende Protokoll damit konform ist; denn die Zurücknahme oder Modificirung der durch das Sitzungsprotokoll festgestellten Anträge bez. Erklärungen kann eben nur wieder durch das Protokoll, nicht durch den Thatbestand bewiesen werden [34]).

Uebrigens gelangt die Beweisregel des §. 285 dann nicht in Betracht, wenn der Gegenbeweis durch das Zugeständniß der Partei überhaupt entbehrlich gemacht ist, wenn also die Thatsache eines im Thatbestande nicht bezeugten Parteivorbringens oder eines vom Thatbestandsberichte abweichenden Parteivorbringens von der Gegenpartei zugestanden ist. Denn nach §. 261 CPO. bedarf die zugestandene Thatsache keines Beweises [35]), es müßte denn wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Punktes das Partei-Zugeständniß für das Gericht unerheblich sein [36]).

Die gegenbeweisliche Kraft des Sitzungsprotokolles, welches trotz des im Thatbestande niedergelegten widersprechenden Gerichtszeugnisses unter gänzlichem Ausschlusse des richterlichen Ermessens vollen Beweis mit der Wirkung liefert, daß der urtheilfällende Richter den Inhalt des Protokolls als vollbeweisend annehmen muß, ist dadurch bedingt, daß das betreffende Parteivorbringen

---

[33]) vgl. von Bülow a. a. O. S. 340. In dieser Beziehung kann schon eine auch nur stillschweigende Bezugnahme auf die frühere Verhandlung genügen.

[34]) vgl. von Bülow: Komm. Ed. II S. 208. Gaupp: II S. 158.

[35]) vgl. Seuffert: Komm. Bem. 2 a. E. zu §. 285 S. 371. Entscheidungen des RG. IV S. 421 (s. oben §. 2 No. 18).

[36]) vgl. v. Wilmowski und Levy: S. 391 (Ed. III), welche der Ansicht von Vierhaus (Busch's Zeitschrift V S. 90), — daß der Thatbestand der Parteidisposition so wenig unterstellt werden könne, als etwa ein Zugeständniß erheblich wäre, die Urtheilsformel oder die Entscheidungsgründe lauteten anders, als sie niedergeschrieben seien und daß daher das Zugeständniß der Partei für den Thatbestand stets gleichgültig sei, — wohl mit Recht entgegentreten, da letztere Ansicht die Bedeutung des §. 285 über die ausgesprochene Wirkung für den Beweis ausdehne.

rite aufgenommen, insbesondere also die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls in den von der CPO. vorgeschriebenen Fällen erfolgt ist[37]). In dieser Weise ist die gleiche Vorschrift der Hannöverischen CPO. (vgl. oben) interpretirt worden[38]). Auch Gaupp[39]) bemerkt: „es versteht sich von selbst, daß nur den unter Mitwirkung der Parteien vom Gericht bewirkten Feststellungen zum Protokoll[40]), aber nicht der vom Vorsitzenden mehr oder weniger sorgfältig kontrolirten Scriptur eines Gerichtsschreibers ein solcher Vorzug vor dem von sämmtlichen Richtern bezeugten Thatbestande vernünftiger Weise eingeräumt werden kann," und mit Recht reprobirt er die Ansicht von Sarwey's[41]), daß das Protokoll auch dann, wenn die Vorschrift des §. 148 CPO. nicht beobachtet worden wäre, zur Entkräftung des Thatbestandes angerufen werden könne.

Die ausschließliche Gegenbeweiskraft des Sitzungsprotokolles ist durch die weitere Voraussetzung bedingt, daß dessen Inhalt positiv gegen das durch den Inhalt des Thatbestandes zu Beweisende verstößt; das Sitzungsprotokoll muß mit den im Thatbestande enthaltenen Feststellungen im Widerspruche stehen, während das bloße Schweigen des Sitzungsprotokolles nicht geeignet ist, den Gegenbeweis zu liefern, da nicht alles von den Parteien Vorgebrachte nach §. 146 CPO. in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen ist[42]). Mithin ist der Umstand, daß ein im Thatbestande konstatirtes Parteivorbringen im Sitzungsprotokolle nicht enthalten ist, zur Entkräftung des durch den Inhalt des Thatbestandes gelieferten Beweises nicht geeignet; vielmehr kann der durch den Thatbestand gelieferte Beweis nur durch einen positiven — dem positiven oder negativen Inhalte des Thatbestandes widersprechenden — Inhalt des Sitzungs-

---

[37]) vgl. von Bülow: Komm. Bem. 1 zu §. 285 S. 208 Ed. II. Struckmann und Koch: Ed. IV S. 315 Bem. 1. v. Wilmowski und Levy: Ed. III Bem. 1. Petersen: Ed. II S. 482 unter 1. Gaupp: II S. 159.

[38]) vgl. Leonhardt a. a. O. S. 250 Anm. 1. „unter Sitzungsprotokoll kann hier nur das den gesetzlichen Vorschriften gemäß geführte hinsichtlich der verlesenen und genehmigten Bemerkungen verstanden werden." S. auch Leonhardt: Berufung S. 83 Note 1 und nach dem dortigen Allegat: Schmidt im Hannov. Magazin Bd. VII S. 407 f.

[39]) a. a. O. S. 159.

[40]) Gleichviel, ob die Erklärung durch Aufnahme in das Protokoll selbst oder durch eine Anlage zu letzterem festgestellt worden. Denn dem Protokolle steht in der hier fraglichen Beziehung der Inhalt einer solchen Anlage gleich. vgl. §. 146 Abs. 3 CPO. v. Sarwey: Bem. 2 S. 434. Seuffert: Bem. 2. von Wilmowski und Levy: S. 391 Ed. III.

[41]) a. a. O. S. 434 Bem 2.

[42]) vgl. auch von Sarwey: Bem. 2. Seuffert: Bem. 2. Petersen: Bem. 1.

protokolles entkräftet werden [43]). Denn der Erwägung, daß anzunehmen sei, das Protokoll sei in legaler Vollständigkeit aufgenommen, steht mit gleicher Rücksicht auf die richterliche Auktorität die andere Erwägung gegenüber, daß angenommen werden muß, das Gericht bezeuge Nichts im Thatbestande, was nicht thatsächlich vorangegangen ist, sowie die praktische Erfahrung, daß die Redaktion des Protokolls in größerer Eile und mit geringerer Rücksicht auf die Einzelheiten erfolgt, als die mit mehr Muße bewirkte Aufstellung des Thatbestandes [44]).

Jenes Verhältniß des Sitzungsprotokolles zum Thatbestande kann im einzelnen Falle zu Zweifeln Anlaß geben. Ein Widerspruch zwischen Thatbestand und Protokoll, welcher geeignet erscheint, die Beweiskraft des Thatbestandes zu entkräften, ist unter Anderem dann vorhanden, wenn das Protokoll einen Vortrag erwähnt, welcher im Thatbestande entweder nicht oder anders referirt ist. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht erkannt [45]).

---

[43]) vgl. v. Wilmowski und Levy, welche noch bemerken (S. 391 Ed. III): daß die im Thatbestande bezeugten Thatsachen im Sitzungsprotokoll nicht erwähnt sind, reicht allein zur Entkräftung nicht aus; selbst dann nicht, wenn Thatsachen in Frage sind, welche das Protokoll nach §§. 145. 146 enthalten soll.

[44]) Daß die überwiegende Beweiskraft des Protokolls nur dann zu verstehen ist, wenn es nicht bloß eine Erwähnung unterläßt, sondern wenn es einen Gegenbeweis in der obigen Bedeutung liefert, findet sich auch in den Motiven bestätigt, vgl. unten Anm. 48. Die Aufnahme der von den Parteien gestellten, aber nicht aus Schriftsätzen verlesenen Anträge in den Thatbestand oder in das Sitzungsprotokoll kann die Nichtbeachtung der Vorschrift in §. 269 Abs. 1—3 nicht decken; es würde eine Verletzung der Vorschrift in §. 269 Abs. 4 sein, wenn dieselben gleichwohl im Urtheile Berücksichtigung fänden, ohne daß die Verlesung in dem Sitzungsprotokolle konstatirt wäre. Indessen liefert die bloße Nichterwähnung der Beobachtung der Vorschrift in §. 269 im Sitzungsprotokolle nicht ohne Weiteres den Beweis des Gegentheils, also auch nicht den Gegenbeweis gegen den Thatbestand des Urtheils; in dieser Beziehung wird also letzterer für die Thatsache der erfolgten Verlesung Beweis liefern können. Vgl. v. Wilmowski und Levy: Bem. 5 zu §. 269. Gaupp: Th. II S. 118 unter III. Struckmann und Koch: S. 294 Bem. 5. Puchelt: II S. 81, welcher indessen mit Recht eine solche Ergänzung des Protokolls durch den Thatbestand des Urtheils für bedenklich erklärt und deshalb den Parteien anrathet, bei Verlesung des Protokolls (§. 148) auf dessen Vollständigkeit hinzuwirken.

[45]) in dem oben §. 2 No. 22 angeführten Rechtsfalle. S. noch Wallmann: Deutsche Juristenzeitung VI (1882) S. 378 fg.

Der Sachverhalt ist folgender: die Parteien standen in einer Geschäftsverbindung, wonach abredemäßig Tabacke theils gegen Baarzahlung, theils gegen Kredit geliefert wurden. Ueber alle Posten war ein Abrechnungsbuch einge=

Eine Entkräftung des durch den Thatbestand gelieferten Beweises eines Parteivorbringens kann dagegen nicht darin gefunden werden, daß im Sitzungs=

---

führt. Der Abrechnung zuwider machte der Kläger eine Forderung geltend. Während in Ia Verurtheilung erfolgte, wies der Berufungsrichter die Klage ab. In der Revisionsinstanz wurde geltend gemacht, daß die Nichtbeachtung gelieferter Waarenposten unter Beweisantretung speziell behauptet worden sei. Diese Behauptung fehle zwar im Thatbestande des Berufungsurtheils, sei aber nach dem Protokolle vorgetragen. Das Protokoll über die mündliche Verhandlung in der Berufungsinstanz enthielt folgenden Passus:

„die Parteien erörterten das Streitverhältniß. Herr Gerichtsassessor von B. überreicht den anliegenden Schriftsatz ad I. als Anlage zum Verhandlungsprotokoll."

Gegen den Revisionsangriff wurde geltend gemacht, daß das Protokoll gegenüber dem Thatbestande keine Beachtung verdiene, weil keine Berichtigung des letzteren beantragt worden sei. Das Reichsgericht hob das Berufungsurtheil auf und verwies die Sache zur weiteren Verhandlung, indem es über das Verhältniß des Sitzungsprotokolles zum Thatbestande folgendes ausführte: „dem oben wörtlich ausgehobenen Passus des Protokolls über die mündliche Verhandlung vom — könne nach §. 270, 146 Abs. 3 CPO. nur der Sinn beigemessen werden, daß der Sachwalter des Klägers den ganzen Inhalt des gedachten Schriftsatzes vorgetragen hat und auf seinen Antrag die Erklärung des Inhalts jenes Schriftsatzes als erfolgt zu Protokoll festgestellt worden ist. Von einem Irrthum in der Ausdrucksweise könne umsoweniger ausgegangen werden, als auf dem Schriftsatz selbst seine Eigenschaft als Anlage zum Verhandlungsprotokolle vom Gerichtsschreiber vermerkt worden sei. Bei diesem Inhalte des Protokolles sei nach §. 285 CPO. der Beweis des Thatbestandes rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens, soweit im Thatbestand der Inhalt jenes Schriftsatzes keine Aufnahme gefunden habe, entkräftet. Die Geltung des durch das Protokoll beurkundeten Vorbringens entgegen dem Thatbestande sei im Gesetze nicht an das Erforderniß einer Berichtigung des Thatbestandes geknüpft. Vielmehr sei die in den §§. 270, 146 cit. vorgesehene Beurkundung mit der den Parteien auf die Bildung des Protokoll=Inhalts gewährten Einwirkung ein für sich bestehendes Mittel zur Sicherung der Beachtlichkeit des beurkundeten Prozeßstoffes für die weiteren Instanzen, während die Berichtigung des Thatbestandes, wenn sie auch für den Zweck der Hebung eines Widerspruchs zwischen Thatbestand und Verhandlungsprotokoll nicht ausgeschlossen sei, vorzugsweise dem Zwecke der Ergänzung oder Veränderung des Thatbestandes da, wo es am urkundlichen Gegenbeweise gegen denselben fehle, aus dem Gedächtnisse oder den Notizen der Richter dienen solle." (Es folgt sodann die Deduktion, daß Kläger in dem gedachten Schriftsatze Anführungen zum Nachweise, daß gewisse Posten nicht gezahlt seien, gemacht habe, deren Erheblichkeit und Bedenklichkeit allerdings Bedenken unterliegen möge, die aber vom Berufungsgerichte nicht berücksichtigt worden seien, weil es den ganzen Schriftsatz ignorirt habe.)

protokolle bekundet ist, die Vertreter hätten ihre „theilweise abweichenden vorbereitenden Schriftsätze" verlesen, weil dieses Verlesen nicht Beweis dafür liefert, daß die Parteien in ihren mündlichen Verhandlungen bei demjenigen verblieben sind, was sie in den vorbereitenden Schriftsätzen vorbrachten [46]).

Im Wege des nach §. 291 CPO. gestatteten Berichtigungsverfahrens können Feststellungen, welche im Sitzungsprotokolle enthalten sind, nicht in Frage gestellt werden; vielmehr kann auf jenem Wege nur der den ausdrücklichen Feststellungen des Sitzungsprotokolles widersprechende Inhalt des Thatbestandes in Gemäßheit des §. 285 CPO. rektifizirt, bezw. ein Uebergehen von Thatsachen — eine Omission — in der Darstellung des Thatbestandes gehoben werden [47]). Es bleibt die Vorschrift in §. 285 indessen auch dann maßgebend, wenn ein Berichtigungsverfahren in Gemäßheit §. 291 nicht erfolgt ist. Denn dasselbe ist zur Herstellung einer mangelnden Uebereinstimmung zwischen Thatbestand und Sitzungsprotokoll zwar zulässig, aber zur Widerlegung des Thatbestandes durch das Sitzungsprotokoll nicht nothwendig. Auch wenn ein solches Berichtigungsverfahren nicht stattgefunden hat, kann dem Thatbestande, soweit es später im Laufe des Rechtsstreites auf seine Beweiskraft ankommt, das Protokoll stets entgegengehalten werden [48]).

---

[46]) vgl. Urtheil des Reichsgerichts, oben §. 2 No. 3 und Seuffert: Komm. S. 372 Anm. 3 a. E.

[47]) vgl. von Bülow: Komm. Bem. 2 S. 208.

[48]) vgl. auch das oben Anm. 45 angef. Urtheil des RGerichts. In den Motiven zu §. 524 CPO. (bindende Kraft gewisser Feststellungen) S. 324 f. ist u. A. gesagt:

> „Selbstverständlich ist die Ausnahme, daß Thatsachen angeführt werden können, um in Bezug auf das Verfahren oder in Betreff der Feststellung des Sachverhältnisses eine Verletzung des Gesetzes nachzuweisen. Damit ist insbesondere auch die Möglichkeit gegeben, ein Uebergehen von Thatsachen — eine Omission — zu rügen, wenn auch die rechtliche Erheblichkeit der Rüge für den Erfolg maßgebend und der Nachweis derselben nach Maßgabe der Vorschriften über die Fixirung des Sachverhältnisses beschränkt ist. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß nach §. 285 der Thatbestand des Urtheils rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert und daß dieser Beweis nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Läßt sich daher auf Grund des Sitzungsprotokolls nicht beweisen, daß eine in den Thatbestand nicht aufgenommene Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgetragen sei, so kann die Anfechtung des Urtheils auf eine Omission nur gestützt werden, wenn der Thatbestand auf Grund des §. 291 rektifizirt, also in Folge des gestellten Berichtigungsantrages festgestellt worden ist, daß die Partei die betreffende Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgebracht habe." (vgl: Hahn: Mat. II. Th. 1. Abth. S. 371.)

Daß die Anwendung des §. 285 auch in dem Falle nicht ausgeschlossen ist, wenn die thatsächliche Konstatirung eines Parteivorbringens anstatt in den Thatbestand vielmehr in die Entscheidungsgründe gerathen ist, wurde bereits oben dargelegt [49]).

Liegt ein Widerspruch zwischen den vorschriftsmäßig erfolgten Feststellungen zum Sitzungsprotokolle und dem Inhalte des Thatbestandes vor, so ist hiermit die Beweiskraft des letzteren in den einschlagenden Punkten von selbst entkräftet, ohne daß es irgend welchen Verfahrens oder einer richterlichen Verfügung bedarf [50]). Insbesondere darf das Gericht nicht eigenmächtig den Thatbestand berichtigen, um den zwischen letzterem und dem Protokolle vorhandenen Widerspruch zu beseitigen. Sollte es daher bei der Urtheilsfällung auch genau sich erinnern, daß der Inhalt des Sitzungsprotokolls der Wirklichkeit nicht entspreche, so ist es gleichwohl an den vom Thatbestande abweichenden Inhalt des Protokolls gebunden; es darf ebensowenig dieses letztere durch den Thatbestand eigenmächtig berichtigen und auf diese Weise dem Protokolle infolge eigener Kenntniß des richtigen Sachverhaltes (Gerichtsnotorietät) die Beweiskraft insoweit absprechen.

Wenn nach Alledem der volle Beweis, den der Thatbestand liefert, nur durch das Sitzungsprotokoll wirksam entkräftet werden kann, so folgt hieraus zugleich die Unzulässigkeit eines Gegenbeweises, welcher durch den Antrag auf Vernehmung des Gerichts angeboten werden wollte, gleichviel ob diese Vernehmung im Wege der Berichtserstattung aller Gerichtsmitglieder oder einer sonstigen amtlichen Aeußerung derselben oder der Vernehmung der einzelnen mitwirkenden Richter als Zeugen erfolgen solle [51]). Die Zulassung anderweitiger Beweismittel, wie Zeugen, Eideszuschiebung behufs Konstatirung des mündlich Verhandelten würde den gewichtigsten Bedenken unterliegen; sie beruhen nicht allein auf der Erwägung der Unsicherheit sowie der zeitraubenden Umständlichkeit ihrer Erhebung, sondern auch auf der Berücksich-

---

[49]) vgl. oben §. 8 Seite 183 fg. So auch Urtheil des RG. in dem oben in §. 2 No. 1 citirten Falle. S. noch Seuffert: Komm. S. 372 Bem. 3.

[50]) v. Bülow bei Busch IV S. 346.

[51]) Vgl. auch Gaupp: II S. 158 Bem. II. And. M. v. Kräwel: in Busch's Zeitschrift IV S. 242 f., welcher indessen die Unsicherheit dieses Beweismittels (des richterlichen Zeugnisses) selbst nicht verkennt, da die Erfahrung lehre, daß die Richter nach so langer Zeit keine zuverlässige Auskunft mehr darüber geben können, ob diese oder jene Erklärung bei der mündlichen Verhandlung wirklich abgegeben wurde.

tigung des öffentlichen Interesses, welches verletzt werden würde, wenn durch jene Zulassung mehr oder weniger den Parteien anheimgestellt bliebe, dem Urtheile die Grundlage zu entziehen, bez. die Gegenpartei durch Eideszuschiebungen über das angeblich mündlich Verhandelte zu beunruhigen. Es reichen auch andererseits das Sitzungsprotokoll und der Thatbestand in Verbindung mit dem Rechte der Parteien, innerhalb einer bestimmten kurzen Frist die Berichtigung des letzteren zu beantragen, vollständig aus, um den Beweis des mündlich Verhandelten in zuverlässiger, dem Bedürfnisse entsprechender Weise herzustellen. In der Festsetzung eines Präclusivtermins für diese Berichtigung liegt offenbar nicht nur soviel, daß der Richter, welcher den Thatbestand verfaßt, später nicht mehr wegen Berichtigung desselben angegangen werden dürfe, sondern zugleich auch das Weitere, daß der Thatbestand nunmehr unangefochten geworden und daher sein Inhalt durch eine anderweitige Beweisführung beim höheren Richter nicht mehr umgestoßen werden könne [52]).

Gegenüber dem Sitzungsprotokolle kann — insoweit es sich um den in §. 146 No. 1—4 aufgeführten Inhalt handelt — der Nachweis der unrichtigen Beurkundung in jeder Weise mit allen Beweismitteln (selbstverständlich mit Ausnahme des entkräfteten Thatbestandes) nach den §§. 380 Abs. 2, 383 Abs. 2 erbracht werden, und daher für diesen Beweis nach Befinden auch die abweichende Beurkundung im Thatbestande neben anderen Beweisgründen in Betracht kommen [53]).

---

[52]) vgl. auch Stahl im Archive für civil. Praxis Bd. 55 (N. F. V) S. 237. Auch Leonhardt: Hann. CPO. (Ed. IV) S. 252 Anm. 1 bemerkt, daß die Ansicht für die natürlichste und den allgemeinen Grundsätzen entsprechendste zu halten sei, wonach das Gericht dem Berichtigungsantrage gegenüber in der gleichen Lage wie bei Abfassung des Thatbestandes sich befinde, daß es nach absoluter Majorität für oder gegen den Antrag sich zu erklären habe, daß der berichtigte an die Stelle des ursprünglichen Thatbestandes, diesen ersetzend, trete, so daß er vollen Beweis bilde und durch Berufung nicht anfechtbar sei.

[53]) vgl. Petersen S. 482 Bem. 2. v. Sarwey: Bem. 2 a. E. Struckmann und Koch: Bem. 1 S. 315. Gaupp: II S. 159. Seuffert: S. 371. v. Wilmowski und Levy: S. 391: „als zur Entkräftung geeignet ist daher das Sitzungsprotokoll nur so anzusehen, wie es nach an sich zulässiger Widerlegung lauten müßte."

IV. Positive und negative Beweiskraft des Thatbestandes.

Die Frage, ob die Darstellung des Thatbestandes blos positive, oder auch negative Beweiskraft in der Richtung habe, daß das in den Thatbestand Nichtaufgenommene auch als nicht vorgebracht gelte, wird verschieden beantwortet. So bemerken u. A.:

Hellmann[54]):

„überhaupt dient der Thatbestand auch zum Nachweise dessen, daß die Parteien ein mündliches Vorbringen unterlassen haben, wenn nur die Unterlassung im Thatbestande ausdrücklich konstatirt ist."

Petersen[55]):

„daß eine bestimmte Behauptung oder der hiegegen erhobene Widerspruch im Thatbestande nicht festgestellt wurde, berechtigt zu der Annahme, daß eine solche Behauptung oder ein Widerspruch gegen dieselbe nicht erfolgt ist."

v. Sarwey[56]):

„bezüglich des mündlichen Parteivorbringens ist jeder Gegenbeweis gegen den Thatbestand (abgesehen von dem Berichtigungsverfahren und dem in dem zweiten Absatze des §. 285 gemachten Vorbehalte) ausgeschlossen. Eine Partei, welche behauptet, daß ein in dem Thatbestande wiedergegebenes Vorbringen unrichtig oder daß eine Behauptung vorgebracht, eine gegnerische Behauptung widersprochen sei, während sich aus dem Thatbestande ergiebt, daß sie nicht vorgebracht, der Widerspruch nicht erfolgt sei, ist (abgesehen von den bezeichneten Vorbehalten) zu dem Beweis für diese Behauptung überhaupt nicht zuzulassen."

Endemann[57]):

„indem nur dasjenige, was der Thatbestand enthält, dabei (scil. bei Prüfung der Grundlage der rechtlichen Beurtheilung nach Maßgabe des Thatbestandes) als Maßstab dienen kann, ist dasjenige Material, das er nicht enthält, der rechtlichen Beurtheilung entzogen —, dasjenige, welches er unrichtig enthält, derselben unterbreitet ꝛc."

---

[54]) S. 149 unter 2a (Th. II).

[55]) S. 481 Bem. 1 Ed. II.

[56]) Anm. 1 S. 433 Th. I.

[57]) II S. 120.

Seuffert[58]):

§. 285 enthält drei gesetzliche Beweisregeln: die erste Regel, daß der Thatbestand rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert, stimmt mit der Regel des §. 383 überein. Der Thatbestand des Urtheils liefert als Gerichtszeugniß vollen Beweis für die Thatsache, daß die Parteien in der mündlichen Verhandlung vorgebracht haben, was als vorgebracht bezeugt ist, und daß sie nichts anderes vorgebracht haben, als was im Thatbestande bezeugt ist. Der Thatbestand liefert also nicht blos für positives Vorbringen, sondern auch dafür, daß eine Behauptung oder Erklärung oder ein Widerspruch Seitens der Partei nicht vorgebracht wurde, vollen Beweis und zwar bedarf es zum Beweise der Unterlassung nicht der ausdrücklichen Konstatirung derselben im Thatbestande."

von Wilmowski und Levy[59]):

„der Thatbestand liefert Beweis „„rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens"", also nach dieser unterschiedslosen Fassung sowohl darüber, was darin als vorgebracht bezeugt ist, als auch über die Frage, ob etwas vorgebracht ist. Die Nichterwähnung eines Vorbringens im Thatbestande bedeutet mithin, sofern es auf den Beweis ankommt, daß in der That nichts vorgebracht ist, auch wenn diese Negative nicht ausdrücklich im Thatbestande hervorgehoben ist. Die gegentheilige Ansicht beschränkt die Beweiskraft — gegen den Inhalt des §. 285 — auf das im Thatbestande erwähnte Vorbringen."

Gaupp[60]):

„Die Nichtaufnahme in den Thatbestand beweist, daß eine Behauptung nicht vorgebracht, die Erklärung auf ein Vorbringen nicht abgegeben wurde; der ausdrücklichen Hervorhebung in dem Thatbestande, daß eine Behauptung nicht vorgebracht oder nicht widersprochen worden, bedarf es der Regel nach nicht. Eine solche ausdrückliche Feststellung ist vielmehr nur in den Fällen der §§. 319, 420, 468 vorgeschrieben."

Struckmann und Koch[61]):

„rücksichtlich der Frage, ob etwas nicht vorgebracht, bez. unwidersprochen geblieben sei, liefert der Thatbestand nur dann Beweis, wenn er diese Negative ausdrücklich hervorhebt."

---

[58]) Bem. 2 zu §. 285 Ed. II S. 370.

[59]) S. 390 Bem. 1 Ed. III.

[60]) II. Bd. S. 158 Bem. I. a. E.

[61]) Bem. 1 S. 314 Ed. IV.

Wie bereits oben [62]) angedeutet, verneint von Kräwel [63]) die Frage, ob der Thatbestand auch die Negative beweise, daß weiter keine Erklärungen abgegeben worden seien, als die in den Thatbestand aufgenommenen, mit Rücksicht auf die Fassung des §. 285, indem, wenn man dem Thatbestande auch diese negative Wirkung hätte beilegen wollen, zu sagen gewesen sein würde:

„der Thatbestand des Urtheils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens ausschließlichen Beweis,"

während für die bejahende Ansicht sich v. Bülow [64]) und Vierhaus [65]) aussprechen, indem Ersterer ein Argument für dieselbe theils aus der Nothwendigkeit der Ausdehnung des Thatbestandes auf den gesammten Inhalt der Parteivorträge, theils aus dem Umstande herleitet, daß das Gesetz in §. 291 zugelassen habe, den Antrag auf nachträgliche Berichtigung des Thatbestandes durch Hinweis auf Auslassungen in demselben zu stützen, und Vierhaus, mit dieser Auffassung sachlich konform, Gewicht darauf legt, daß der Thatbestand nach §. 284 No. 3 den Sach- und Streitstand, d. i. alle Parteierklärungen enthalten müsse und auch der Nachweis, eine öffentliche Urkunde enthalte eine Beurkundung nicht, die sie nach gesetzlicher Vorschrift enthalten müsse, unter den Begriff des Gegenbeweises falle, wozu noch die praktische Erwägung trete, daß die entgegengesetzte Meinung einer Aufhebung der Bedeutung des Thatbestandes im weiten Umfange gleichkommen würde.

Die bejahende Ansicht verdient aus den zu ihrer Rechtfertigung vorgebrachten Argumenten der Vorzug vor der entgegengesetzten Meinung; es ist dabei entscheidendes Gewicht auf die Fassung des Gesetzes selbst zu legen, welches ohne Unterschied zwischen dem positiven oder negativen Inhalte der Verlautbarung des Thatbestandes dem letzteren Beweiskraft „hinsichtlich des Parteivorbringens" schlechthin beilegt.

Auch das Reichsgericht hat in diesem Sinne entschieden; denn es hat die Ansicht, nach welcher der Thatbestand hinsichtlich der Frage, ob etwas unwidersprochen geblieben sei, nur dann Beweis liefern solle, wenn er diese Negative ausdrücklich hervorhebe, ausdrücklich reprobirt [66]).

---

[62]) vgl. oben §. 4 bei Anm. 14 S. 42.

[63]) vgl. v. Kräwel a. a. O. S. 242 fg.

[64]) in Busch's Zeitschrift IV S. 340.

[65]) ebendas. V S. 90.

[66]) vgl. das oben §. 2 No. 18 mitgetheilte Präjudicat. Der Revisionsangriff, welcher sich darauf stützte, daß unter Verletzung des Gesetzes eine bestimmte Thatsache (der Zeuge R. sei Schwiegersohn des Revisionsklägers) festgestellt worden sei, wurde für unbegründet erklärt. In dem Thatbestande der ersten Instanz

Auch das k. Bayerische Oberlandesgericht Augsburg hat in gleichem Sinne judicirt, — unter folgender Ausführung [67]):

„der Thatbestand des Urtheils liefere rücksichtlich des mündlichen Vorbringens der Parteien Beweis, welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden könne. Es sei dieses ein privilegirter Urkundenbeweis, und zwar erstrecke sich dieser Beweis auch darauf, daß eine Partei etwas nicht vorgebracht habe, mithin auch auf die negative Feststellung. Somit sei durch den Thatbestand des angefochtenen Urtheils nachgewiesen, daß für den Beklagten mündlich überhaupt Nichts vorgebracht,

---

(Landgericht) war bekundet, daß die Parteien den Inhalt ihrer Schriftsätze vorgetragen haben, folglich, wie anzunehmen war, auch der Kläger den Inhalt der Klage, in welcher die Behauptung, daß R. Schwiegersohn des Beklagten sei vorkommt. Daß der Beklagte diesen Umstand bestritten hätte, ging aus dem Thatbestande des landgerichtlichen Urtheils nicht hervor; danach hatte — wie das RG. ausführte — die Thatsache nach §. 129 Abs. 2 CPO. als zugestanden zu gelten, da auch den übrigen Erklärungen des Beklagten nicht etwa seine Absicht, jene Thatsache bestreiten zu wollen, zu entnehmen gewesen sei. Wenn also wirklich der Beklagte, wie er in der mündlichen Verhandlung über seinen Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes vor dem Berufungsgerichte behauptet habe, schon vor dem Landgerichte die Behauptung des Klägers über seine, des Beklagten, Verschwägerung mit R. als eine irrthümliche bezeichnet hätte, so wäre es seine Sache gewesen, schon beim Landgerichte nach §. 291 CPO. einen Antrag auf Ergänzung des Thatbestandes zu stellen, und selbst bei unberichtigt gebliebenem Thatbestande des Landgerichts hätte er nach §. 493 CPO. in der Berufungsinstanz das nicht in diesen Thatbestand aufgenommene Bestreiten jener klägerischen Behauptung noch nachholen und dadurch das bis dahin anzunehmende Zugeständniß wieder beseitigen können (Entsch. IV S. 420 fg.).

[67]) II. Civilsenat. Urtheil vom 24. Januar 1881 in Busch's Zeitschrift Bd. IV S. 432 f. Gegen Beklagten war Versäumnisurtheil und auf Einspruch zweites Versäumnisurtheil ergangen, nachdem, wie es im Thatbestande und im Sitzungsprotokoll des letzteren heißt, Seiten des Einspruchsklägers Niemand erschienen war. Die Berufung gegen dieses Urtheil wurde nach §. 474 Abs. 2 CPO. darauf gestützt, daß der Fall der Versäumniß nicht vorgelegen habe. Es habe nämlich der Anwalt des Einspruchsklägers vor der zweiten Verhandlung die mündliche Zusicherung des Gegenanwalts einholen lassen, daß dieser in eine Vertagung der Sache willigen werde, worauf erstgedachter Anwalt durch einen Kollegen Vertagungsantrag an das Gericht habe stellen lassen, welchem Antrage jedoch der Gegenanwalt, seine Zusage vergessend, entgegengetreten sei. Daß ein solcher Vertagungsantrag in der Sitzung der I[a] gestellt worden sei, wurde widersprochen und hierauf vom Berufungskläger Beweis hierüber angeboten. Die Berufung wurde — unter der im Texte bemerkten Ausführung — verworfen.

also auch ein Vertagungsantrag nicht gestellt worden sei. Dieser Beweis sei durch das Sitzungsprotokoll noch verstärkt. Zudem habe ein Berichtigungsverfahren nach §. 291 nicht stattgefunden, das Gegentheil jener Feststellungen durch andere Beweismittel darzuthun, sei unmöglich ꝛc. ꝛc."

V. Wirkung des Thatbestandes außerhalb des konkreten Rechtsstreites.

Die dem Thatbestande beigelegte legale Beweiskraft beschränkt sich nicht auf den schwebenden Prozeß, sondern kommt überall auch in jedem anderen Prozesse zur Geltung. Kann man auch dem Thatbestande nicht die Wirkung einer eigentlichen Rechtskraft beilegen –, da er ja lediglich die thatsächliche Grundlage bildet, auf welche das Urtheil gebaut ist, während die rechtliche Beurtheilung des thatsächlichen Grundes Sache des Urtheils ist, so daß durch Letzteres das Recht geschaffen wird — [68]), so ist derselbe doch rücksichtlich der Feststellung der Grenzen der Rechtskraft des in einem durch rechtskräftiges Urtheil abgeschlossenen Verfahren ergangenen Urtheils von Bedeutung. Denn wenn in einem späteren, unter denselben Parteien schwebenden Prozesse die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache geltend gemacht wird, so liefert der Thatbestand des früheren Urtheils den erforderlichen Nachweis darüber, was im Vorprozesse zur Begründung des betreffenden Anspruchs thatsächlich vorgebracht worden ist. Durch diesen Nachweis allein wird die Durchführung der über die materielle Rechtskraft der Urtheile bestehenden, in §. 293 CPO. enthaltenen Vorschriften ermöglicht. Denn auch nach letzteren bedarf es der Prüfung der Identität des jetzt geltend gemachten Anspruchs mit dem früheren, — eine Prüfung, welche ohne Kenntniß der thatsächlichen Substantiirung des Grundes des Anspruches nicht erfolgen kann [69]).

---

[68]) vgl. Siebenhaar: Komm. zu §. 285 CPO. S. 324, verb. mit Bem. zu §. 293 S. 333.

[69]) vgl. von Bülow bei Busch IV S. 350 fg.

§. 10.

Berichtigung des Thatbestandes.

Soll das mündliche Verfahren rücksichtlich der sicheren Fixirung der thatsächlichen Verhältnisse seine Aufgabe richtig erfüllen [1]), so darf ein schriftlicher, vom Richterkollegium, bez. dem entscheidenden Einzelrichter zu redigirender und dem Urtheile zum Grunde zu legender Thatbestand nicht fehlen. „Die Elastizität des mündlichen Verfahrens, die sich dem Stoffe in den verschiedensten Prozeßlagen geschmeidig anpaßt" und das materielle Recht wahrt, macht es nothwendig, daß, wenn die Verhandlung in freiester Entfaltung stattgefunden hat, nunmehr zu einer genauen Gestaltung und Ordnung des Materials geschritten werde, worin sich die Bewegung abschließt und die Stellung der Parteien, sowie die Lage des Streites fixirt wird. Der Thatbestand ist nothwendig, um der Zerstreutheit des Stoffes in den vorbereitenden Schriftsätzen, im Protokolle und im Gedächtnisse der Richter ein Ende zu machen und den Nachtheilen vorzubeugen, welche aus der Unmöglichkeit einer umfassenden Protokollführung und der unvermeidlichen Unvollkommenheit desselben sowie aus der etwaigen Unsicherheit der Auffassung und aus Vergeßlichkeit entspringen können. Das Richterkollegium deponirt den Thatbestand auf Grund des in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindruckes. Je schneller deshalb die Fixirung des Thatbestandes nach der Verhandlung erfolgt, um so wesentlicher ist der dadurch gewonnene Vorzug der Unmittelbarkeit, und desto mehr sichert der Thatbestand die Grundlage des Urtheils. Bei der Irrthumsfähigkeit der menschlichen Natur ist jedoch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß auch bei Feststellung des Urtheilsthatbestandes Unrichtigkeiten vorkommen, welche vielleicht weniger in der Auffassung der dem Urtheile zum Grunde gelegten Thatsachen, als vielmehr in der Unvollständigkeit bezüglich solcher Facta, die für die Beurtheilung des erkennenden Gerichtes unerheblich erscheinen, ihren Grund haben. Bei der oben hervorgehobenen Bedeutung des Thatbestandes haben daher die Parteien ein erhebliches Interesse daran, unrichtige Feststellungen und Auslassungen desselben beseitigt, Dunkelheiten und Widersprüche aufgeklärt zu sehen.

In richtiger Würdigung dieser Erkenntniß verstattet das Gesetz in dem sogenannten „Berichtigungsverfahren" ein Mittel, etwaigen Fehlerhaftigkeiten des Thatbestandes nachträglich abzuhelfen. Die Parteien, welche vor der Fest=

---

[1]) vgl. auch oben §. 3.

stellung im Urtheile darüber, was festzustellen ist, nicht gehört werden, sollen wenigstens nachher in dieser Beziehung zu Worte kommen, was um so nothwendiger erscheint, als keine Garantie vorliegt, daß nach §. 270 CPO. alles erhebliche thatsächliche Vorbringen protokollirt wird. „Indem man den Parteien die Sorge um die Richtigkeit des vom Gerichte bezeugten Thatbestandes überläßt, glaubt man sich der Sorge um genaue Protokollirung von Amtswegen entschlagen zu dürfen [2])."

Die CPO. behandelt zunächst in §. 290 das Verfahren wegen Berichtigung des Urtheils im Allgemeinen, indem sie vorschreibt:

> „Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.
>
> Ueber die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheile und den Ausfertigungen bemerkt.
>
> Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, findet sofortige Beschwerde statt,"

und daneben in §. 291 insbesondere die Berichtigung des Thatbestandes.

Letztere Vorschrift lautet:

> „Enthält der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.
>
> Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in welches das Urtheil eingetragen ist.
>
> Der Schriftsatz muß den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.
>
> Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme. Bei der Entscheidung wirken nur diejenigen Richter mit, welche bei dem Urtheil mitgewirkt haben. Ist ein Richter verhindert, so giebt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden, und bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters den Ausschlag. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheile und den Ausfertigungen bemerkt.

---

[2]) vgl. Endemann: II. Th. S. 129.

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Aenderung des übrigen Theils des Urtheils nicht zur Folge [3])."

Letztere Gesetzesvorschrift ist vornehmlich Gegenstand der folgenden Erörterungen.

Sie schließt sich im Wesentlichen, und von Einzelheiten abgesehen, den Vorschriften der Hannoverschen [4]) und der Württembergischen [5]) Civilprozeßordnung an. Unter der Herrschaft des erstgedachten Gesetzes haben indessen Anträge der Parteien auf Berichtigung des Thatbestandes zu den größten Seltenheiten gehört. Bei den meisten der dortigen Gerichte ist der Urtheilsthatbestand beinahe immer richtig festgestellt worden. Wenn je Fälle auf Berichtigung desselben vorkamen, so bezogen sie sich doch gewöhnlich nicht auf die im Thatbestande erfolgte Fixirung des Sachverhaltes, sondern darauf, daß über Thatsachen, welche von einer Partei in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, vom Gerichte aber als für die betreffende Entscheidung irrelevant nicht näher bezeichnet waren, die mündliche Erklärung der Gegenpartei, namentlich deren Ableugnen im Thatbestande nicht richtig angegeben sei [6]).

Das in den §§. 290 und 291 des deutschen Gesetzes geordnete Berichtigungsverfahren weicht in wesentlichen Punkten von einander ab. Während

---

[3]) Des materiellen Zusammenhanges wegen ist hier noch des §. 292 CPO. zu gedenken. Derselbe lautet:

„Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder theilweise übergangen ist, so ist auf Antrag das Urtheil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urtheils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreits zum Gegenstande."

[4]) §. 360.

[5]) §. 374.

[6]) S. Näheres aus der Hannoverschen Praxis in dem Aufsatze Breitling's: „Erfahrungen über die Wirksamkeit der Hannov. Civilprozeß-Gesetzgebung," im Archive für civil. Praxis Bd. 43 (1860) S. 314 f., insbesondere S. 345 fg. Auch in den Motiven zur deutschen CPO. (S. 25, bei Hahn II. Bd. 1. Abth. S. 128) findet sich die Thatsache konstatirt, daß nach übereinstimmenden und wiederholten Aeußerungen der Hannoverschen Gerichtsvorsitzenden Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes zu den größten Seltenheiten gehört haben.

nämlich erstens im Falle des §. 290 eine Berichtigung des Urtheils auch von richterlichen Amtswegen erfolgen kann und dieselbe an eine Frist nicht gebunden ist, tritt sie im Falle des §. 291 nur auf Antrag ein, welcher binnen einer einwöchigen Frist vom Tage des Aushangs des Urtheilsverzeichnisses ab durch Zustellung eines Schriftsatzes eingebracht werden muß; zweitens findet im Gegensatze zu §. 290, wonach über den Berichtigungsantrag auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden kann, im Falle des §. 291 diese Entscheidung nur auf Grund einer solchen statt, und zwar in Form eines Beschlusses; während drittens im Falle des §. 291 dieser Beschluß stets unanfechtbar ist, findet nach §. 290 gegen den eine Berichtigung aussprechenden Beschluß sofortige Beschwerde statt; und endlich viertens erfahren die allgemeinen Grundsätze über die Besetzung des Gerichts bei der Entscheidung über einen in Gemäßheit §. 291 gestellten Antrag eine Modifikation.

Auch in ihren materiellen Voraussetzungen unterscheiden sich beide Rechtsbehelfe von einander.

Denn während durch den §. 290 in rascher und thunlichst einfacher Weise die Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten, welche im Urtheil vorkommen, ermöglicht werden soll, gestattet §. 291 die Berichtigung, wenn der Thatbestand des Urtheils solche Unrichtigkeiten enthält, welche nicht unter die Bestimmung des §. 290 fallen, insonderheit Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche [7]). Insoweit also der Thatbestand nach Maßgabe des §. 290 — gleichviel ob auf Antrag oder von Amtswegen — berichtigt werden kann, ist das Berichtigungsverfahren auf Grund des §. 291 entbehrlich; die Grenze zwischen Mängeln der einen oder anderen Kategorie wird sich freilich unter Umständen schwer ziehen lassen [8]).

Das Berichtigungsverfahren auf Grund des §. 291 ist durch den Inhalt des Sitzungsprotokolls in keiner Weise bedingt, sondern unabhängig von demselben. Der Antrag auf Berichtigung muß daher nicht auf das Protokoll gegründet, sondern wird gerade in solchen Fällen gestellt werden, wo eine Feststellung im Protokolle fehlt. Zulässig ist mithin der Antrag sowohl dann, wenn der Inhalt des Thatbestandes im Widerspruche mit dem Inhalte des Sitzungsprotokolls steht, als auch in dem Falle, wenn das Sitzungsprotokoll über den beanstandeten Inhalt des Thatbestandes Nichts enthält [9]). Nur darf

---

[7]) Die Berichtigung kann daher auch in einer Ergänzung oder Erläuterung des Thatbestandes bestehen. S. auch Gaupp: II. S. 167.

[8]) vgl. auch Hellmann: II. S. 156.

[9]) vgl. von Sarwey: Bem. 1 zu §. 291 I. Th. S. 439.

die Berichtigung des Thatbestandes, wie schon oben in §. 9 darzulegen versucht wurde, niemals dazu führen, daß der berichtigte Thatbestand mit den zum Sitzungsprotokoll oder den diesem insoweit gleich stehenden Anlagen in Widerspruch tritt, da das Protokoll nach Maßgabe der Vorschrift in §. 285 auch dem emendirten oder abgeänderten Thatbestande gegenüber hinsichtlich der Beweiskraft vorgehen würde [10]). Denn das Gesetz versteht in §. 285 unter Thatbestand überhaupt den festgestellten, also namentlich auch den nach §. 291 berichtigten Thatbestand.

Der oben hervorgehobene Zweck des Berichtigungsverfahrens — welches sich als Konsequenz des in der CPO. durchgeführten Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit darstellt und von Endemann [11]) als eine „Provokation auf besseres Wissen des Gerichtes" und von v. Wilmowski und Levy [12]) als eine „Appellation an das Einnerungsvermögen des Gerichts" treffend bezeichnet wird, — hat auch in den einschlagenden Ausführungen der Gesetzesmotive prägnanten Ausdruck gefunden. Es heißt in letzteren [13]):

> „Der Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes ist unabhängig von dem Inhalte des Sitzungsprotokolls, was zur Vermeidung unrichtiger Anwendung des §. 285 hervorzuheben ist. In dem Berichtigungsverfahren wird den Parteien gerade ein Mittel gewährt, auch wenn sie Konstatirungen zu Protokoll unterlassen haben, nachträglich den wahren Inhalt ihres Vorbringens in den Thatbestand des Urtheils hineinzubringen. Die Erfahrung, daß die Parteien desselben nur äußerst selten benöthigt sind, weil der plastische Eindruck der unmittelbaren Verhandlung des Rechtsstreites die Herstellung eines vollständigen und richtigen Thatbestandes begünstigt, hat zu der in §. 291 gegebenen Konstruktion des Verfahrens geführt und Beweisaufnahme, wie Zulassung der Anfechtung des Berichtigungsbeschlusses als entbehrlich erscheinen lassen."

Unter den im ersten Satze des §. 291 erwähnten „Auslassungen" ist nicht das Auslassen einzelner Worte zu verstehen. Denn diese fallen unter §. 290 und sind, wie in den übrigen Bestandtheilen des Urtheils, so auch im Thatbestande in Gemäßheit §. 290 zu berichtigen; vielmehr ist damit, wie aus der obigen Stelle der Motiven erhellt, das Auslassen thatsächlicher Behauptungen, sowie von Erklärungen, welche von den Parteien abgegeben,

---

[10]) vgl. Gaupp: Bem. 1 zu §. 291 S. 167. Petersen S. 490. Dagegen scheint von Sarwey a. a. O. der Ansicht zu sein, daß im Berichtigungsverfahren auch der Gegenbeweis gegen das Sitzungsprotokoll zulässig sei.

[11]) II. Th. S. 129.

[12]) Bem. 1 zu §. 291 S. 395 Ed. III.

[13]) Mot. S. 223 bei Hahn II. Th. 1. Abth. S. 289.

jedoch nicht in das Protokoll aufgenommen worden sind, gemeint [14]). Gegenstand des Berichtigungsverfahrens sind auch nur die im Urtheile angeführten Thatsachen, während alle aus Thatsachen gezogenen rechtlichen Folgerungen in das Bereich jenes Verfahrens nicht gehören [15]).

Der oben bezeichnete Zweck des Berichtigungsverfahrens würde zu eng begrenzt erscheinen, wenn man dem letzteren vornehmlich nur für die Berufungsinstanz Bedeutung beilegen wollte. Allerdings kann, wenn die Berichtigung in Bezug auf im Thatbestande ausgelassene Thatsachen nachgesucht wird, die Berücksichtigung der letzteren in der Berufungsinstanz durch abermalige Einführung derselben als novum ermöglicht werden, und unter diesem Gesichtspunkte ist die Berichtigung des Thatbestandes allerdings keine zwingende Maßregel. Allein zweckmäßig ist sie auch für die erste Instanz, indem sie gegen die Nachtheile sichert, welche bei Unterlassung eines Berichtigungsantrages der in zweiter Instanz auf Grund des neuen Vorbringens obsiegenden Partei in Gemäßheit der Bestimmung im zweiten Satze des §. 92 CPO. erwachsen können. Auch kann die Berichtigung des Thatbestandes die Ergänzung des Urtheils durch den Richter in Gemäßheit §. 292 vorbereiten.

Die vorzugsweise Bedeutung, welche das Berichtigungsverfahren für die höhere (Berufungs-) Instanz hat, ist darin zu suchen, daß auch dasjenige thatsächliche Vorbringen erster Instanz, welches, wie gerichtliche Geständnisse, Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide, Wirksamkeit in der Berufungsinstanz beibehält, dem Berichtigungsverfahren unterliegt, soweit nicht jenes Vorbringen zum Protokolle festgestellt wurde, während, was die Revisionsinstanz anlangt, für die Entscheidung derselben die im Thatbestande des Berufungsurtheils gerichtlich festgestellten Thatsachen nach §. 524 CPO. maßgebend sind [16]).

Der Erfolg des Berichtigungsverfahrens betrifft nur den Thatbestand

---

[14]) vgl. Kleiner: Komm. II. Th. S. 184 f.

[15]) In dem von v. Kräwel (bei Busch III No. X unter 2) referirten Falle, in welchem sich im Thatbestande des erstinstanzlichen Urtheils auch die Auslegung eines Schriftstückes befand, wurde die Richtigkeit dieser Auslegung im Wege der Berufung bestritten. Während ein Theil der Richter an jener Auslegung aus dem formellen Grunde festhalten wollte, weil sie ein Theil des Thatbestandes, also unumstößlich und dessen Berichtigung nicht erfolgt sei, wurde von der Mehrheit des Richterkollegiums die oben im Texte berührte Ansicht befolgt. Vgl. v. Kräwel a. a. O.

[16]) vgl. von Gaupp zu §. 291 Bd. II S. 167 f. Seuffert: S. 377 Bem. 1 (Ed. II), welcher bemerkt:

„Die Berichtigung hat vorzugsweise Bedeutung für die höhere Instanz, welche den Inhalt des berichtigten Thatbestandes vorbehaltlich des Sitzungs-

des Urtheils selbst. Dagegen kann die Thatbestandsberichtigung niemals die Wirkung haben, daß auch andere Theile des Urtheils, insbesondere die Urtheilsformel und die Entscheidungsgründe durch das die Berichtigung aussprechende Gericht [17]) abgeändert werden. Ungeachtet des berichtigten Thatbestandes bleibt die Urtheilsformel mit den Entscheidungsgründen fortbestehen. Dies gilt selbst dann, wenn beide — Entscheidungsgründe und Urtheilsformel — auf dem unrichtigen und nunmehr berichtigten Thatbestande beruhen. Die solchergestalt durch die Berichtigung möglicher Weise entstandene „Diskrepanz" oder „Inkongruenz" zwischen Thatbestand und jenen beiden Bestandtheilen des Urtheils kann nur durch rechtzeitige, wenn auch blos eventuelle Einlegung eines Rechtsmittels, sofern dasselbe nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist, bez. durch einen Antrag auf Ergänzung des Urtheils in Gemäßheit §. 292 gehoben werden [18]). Mithin hat, wie Endemann [19]) richtig hervorhebt, die

protokolles als erwiesen annehmen muß. Dies ist nicht bloß wegen §§. 92 Abs. 2, 489, 491 Abs. 2, sondern auch wegen der in zweiter Instanz ihre Wirksamkeit behaltenden Geständnisse und Eideserklärungen (§§. 494, 495) bedeutsam. Auch kann die Ergänzung des Thatbestandes die Ergänzung des Urtheils nach §. 292 vorbereiten."

Dagegen legen von Sarwey (Bem. 1 S. 439), von Bülow: Komm. Ed. II S. 211 und Struckmann und Koch: Ed. IV S. 320 dem Berichtigungsverfahren für die erste Instanz Bedeutung hauptsächlich nur wegen der Kosten der Berufungsinstanz bei. v. Bülow a. a. O. geht sogar noch weiter; er will daraus, daß nach §. 291 Abs. 5 die Urtheilsformel unter keinen Umständen geändert werden könne, selbst wenn nach erfolgter Berichtigung des Thatbestandes die Entscheidung nicht mehr gerechtfertigt sei, die gänzliche Wirkungslosigkeit des Berichtigungsverfahrens für dieselbe Instanz folgern und den Werth desselben lediglich für die höhere Instanz gelten lassen, wo der berichtigte Thatbestand den Prüfstein für die angefochtene Entscheidung bilde.

[17]) Die Vorschrift im fünften Absatze des §. 291 gilt, wie keiner näheren Darlegung bedarf, nur für die Instanz, in welcher das Urtheil erlassen war. S. auch Gaupp: II S. 170.

[18]) vgl. Seuffert: Bem. 1 S. 377. Gaupp: II S. 169. Struckmann und Koch: Bem. 6 S. 321. v. Wilmowski und Levy: Bem. 7 S. 396 Ed. III. Hellmann: II S. 158 unter g. Endemann: II S. 130. Kleiner: II S. 186. Dagegen kann, wie bereits oben angedeutet wurde, die Berichtigung des Thatbestandes eine Ergänzung des Urtheils (§. 292) zur Folge haben, wenn nach dem richtig gestellten Thatbestande ein Antrag übergangen ist. S. auch Struckmann und Koch a. a. O. Petersen S. 490 Ed. II. Häufig wird der Berichtigungsantrag der geeignete Weg sein, das Berufungsverfahren anzubahnen, z. B. wenn der erstinstanzliche Richter irrthümlicher Weise bezüglich erheblicher Thatfragen ein Geständniß angenommen hat.

[19]) Komm. II S. 129.

bei dem Berichtigungsantrage interessirte Partei wohl zu erwägen, ob sie bei Stellung des Berichtigungsantrages die Ergreifung eines Rechtsmittels unterlassen darf. Selbst die sicherste Aussicht auf Berichtigung des Thatbestandes erspart ihr nicht den Gebrauch des Rechtsmittels, wenn sie sich sonst noch für verletzt erachtet. Umgekehrt kann die Aussicht auf den Erfolg des Rechtsmittels, zumal der Berufung, Grund genug sein, von der Berichtigung abzusehen, insofern in der Berufungsinstanz ein neuer Thatbestand formirt werden kann [20].

Für den Fall einer Konkurrenz der Berufung mit dem Antrage auf Thatbestandsberichtigung ergiebt sich hieraus die Regel, daß das Berichtigungsverfahren zuerst zu erledigen ist, da der Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils, insoweit es sich um das thatsächliche Parteivorbringen in erster Instanz handelt, auch für den in zweiter Instanz erkennenden Richter maßgebend ist und jener Thatbestand daher feststehen muß, ehe Letzterer sein Urtheil abgeben kann [21]). Ist im Falle einer solchen Konkurrenz die Berichtigung des Thatbestandes erwirkt worden, so kann dieselbe zugleich materiell als Material zur Begründung des Rechtsmittels bez. zu dessen Abwehr dienen. Beides — Rechtsmittelverfahren und Berichtigungsverfahren — sind prozessualisch zwei völlig getrennte Dinge [22]).

Sollte die mündliche Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz vor Abschluß des Berichtigungsverfahrens in der vorangehenden Instanz stattfinden — ein Fall, welcher eintreten kann, weil das Berichtigungsverfahren und das Verfahren in der Berufungsinstanz von einander unabhängig ihren Gang gehen, die Fristen zur Einlegung der Rechtsmittel also durch das Berichtigungsverfahren nicht berührt werden, und überdies der Lauf der Nothfrist durch die Gerichtsferien nicht gehemmt wird, wohl aber trotz der Dringlichkeit der Sache der Fristenlauf in §. 291 (vgl. 201) — so würde dies den Antrag auf Vertagung in der Berufungsinstanz rechtfertigen, dafern letztere die zu berichtigende Differenz für eine solche erachtet, welche eintretenden Falles von materiellem Einflusse für die Entscheidung sein könnte [23]).

---

[20]) S. Endemann a. a. O.

[21]) Seuffert: Bem. 3 S. 379. Struckmann und Koch: Bem. 7 S. 321. Gaupp: II S. 170. In der Mehrzahl der Fälle wird, mit Rücksicht auf die zum Berichtigungsantrage kurz bemessene Frist das Berichtigungsverfahren schon vor Ablauf der Berufungsfrist, ja vor Zustellung des Urtheils beendigt sein können. Siehe auch Kleiner: II S. 186.

[22]) Endemann S. 130.

[23]) vgl. v. Wilmowski und Levy: Bem. 7 S. 397.

I. Verfahren bei Berichtigung des Thatbestandes. Antrag. Zustellung eines Schriftsatzes.

Die Vorschriften des §. 291 gelten für alle Arten von Urtheilen und für die Urtheile aller Instanzen.

Die Berichtigung erfolgt nur auf Antrag einer Partei.

Unter dem „Antrag auf Berichtigung" ist aber nicht ein allgemeiner Antrag auf Berichtigung gemeint, sondern es bedarf der Angabe der zu berichtigenden Stellen des Thatbestandes[24]). Denn die mündliche Verhandlung erstreckt sich nur auf die im Schriftsatze beantragten Berichtigungen; unzulässig würde es daher sein, wenn die beantragende Partei in der nach §. 291 Abs. 4 anberaumten Verhandlung nachträglich die sofort auszusprechende Berichtigung eines anderen, früher nicht bezeichneten Theiles des Urtheiles verlangen wollte[25]). Zwar ist innerhalb der gesetzlichen Frist, bez. so lange die vom Gegner verlängerte Frist noch nicht abgelaufen ist, die Wiederholung des Berichtigungsverfahrens in Bezug auf andere, bei dem ersten Antrage nicht erwähnte Mängel zulässig[26]); es würde aber in einem solchen Falle immer der vorherigen Zustellung eines neuen Schriftsatzes bedürfen, um die Wiederholung des Berichtigungsverfahrens in Betreff solcher erst nachträglich geltend gemachten Mängel herbeizuführen. Denn der Schriftsatz, dessen der §. 291 gedenkt, hat nicht blos eine vorbereitende, sondern eine bestimmende Bedeutung; hiernach fällt auch der abweichenden Meinung Kleiners[27]) — daß der im Schriftsatze enthaltene Antrag noch in der mündlichen Verhandlung

---

[24]) vgl. v. Wilmowski und Levy a. a. O. Bem. 2 S. 396: „der Antrag, welchen der Schriftsatz zu enthalten hat, muß nach Analogie der Klage eine bestimmte Berichtigung verlangen und nur diese ist Gegenstand des Verfahrens."

v. Sarwey: Bem. 5 S. 440: „in dem Schriftsatze ist derjenige Theil des Thatbestandes, welcher, und die Art und Weise, wie er berichtigt werden soll, zu bezeichnen. Ein allgemein gestellter Antrag auf Berichtigung wird nach Abs. 1 nicht genügen."

[25]) vgl. auch Gaupp: II. S. 168. Struckmann und Koch: Bem. 2 S. 320. Seuffert: Bem. 2c S. 378.

[26]) vgl. Hellmann: II. S. 157 unter d.

[27]) Komm. II. S. 184.

sofern nur dieselbe innerhalb der einwöchigen Frist erfolge, erweitert werden könne, da eine Präklusion des im Schriftsatze nicht Enthaltenen nicht ausgesprochen sei, — in dieser Allgemeinheit beizupflichten bedenklich.

Der Schriftsatz selbst muß den in §. 291 Abs. 3 bezeichneten Inhalt haben, also außer dem Antrage auf Berichtigung auch die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten. Im amtsgerichtlichen Verfahren kann der Antrag auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden [28]. Im Anwaltsprozesse ist der Antrag in Gemäßheit §. 269 in der mündlichen Verhandlung auch zu verlesen. Fehlt ein bestimmter Antrag im Schriftsatze, so ist überhaupt ein Antrag nicht gestellt. In diesem Falle ist ebenso wie bei Stellung eines sonst nicht ordnungsmäßigen Antrags der Antrag auf Berichgung nach mündlicher Verhandlung zurückzuweisen; beziehungsweise wird der Beschluß dahin zu lauten haben, daß das Gericht aus dem bezeichneten Grunde nicht in der Lage sei, eine Entscheidung zu treffen [29].

Die Frist zur Stellung des Antrags ist eine einwöchige und in Gemäßheit der allgemeinen Vorschrift in §. 200 CPO. zu berechnen. Sie beginnt für beide Parteien mit dem Tage des Aushangs des Urtheilsverzeichnisses — und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien dasselbe eingesehen haben oder nicht — (§. 287), dergestalt, daß der Tag dieses Aushanges in den Fristenlauf mit eingerechnet wird [30]. Diese Festsetzung des Fristenbeginnes beruht auf der Rücksicht möglichster Beschleunigung des Berichtigungsverfahrens; die mündliche Verhandlung soll thunlichst noch in recenti memoria der am Berichtigungsverfahren Theil nehmenden Richter sein [31]. Der Lauf der Frist, welche eine (einfache) gesetzliche, aber keine Nothfrist ist und daher nicht durch richterliche Verfügung, wohl aber durch Vereinbarung der Parteien verlängert werden darf (§. 202 CPO.), wird, wie bereits oben angedeutet, durch die Gerichtsferien gehemmt (vgl. §. 201 Abs. 1).

Die Frist ist eine präklusive. Gegen Versäumung daran giebt es keine Restitution; es ist alsdann der Antrag auf Berichtigung abzuweisen und Abhülfe kann nur durch Einlegung eines Rechtsmittels unter den allgemeinen dafür geltenden Voraussetzungen nachgesucht werden [32].

---

[28]) Die §§. 152 fg., 457, 458, 462 der CPO. finden entsprechende Anwendung. S. auch von Wilmowski und Levy: Bem. 2 S. 396.

[29]) vgl. auch Seuffert: Bem. 2b S. 378. v. Wilmowski und Levy: Bem. 2 S. 396.

[30]) vgl. Kleiner: II S. 184. Hellmann: II S. 157 Anm. b.

[31]) vgl. Struckmann und Koch: Bem. 3 und 4 S. 320.

[32]) vgl. auch Petersen: Bem. I S. 489. Seuffert: S. 378 Bem. 2a. Hellmann a. a. O.

Die Unterlassung des Antrages hat (§. 208 CPO.) die materielle Folge, daß der nicht rechtzeitig angegriffene Thatbestand nunmehr mit der Beweiskraft des §. 285 wirkt. So lange der Antrag auf Berichtigung schwebte, mußte diese Beweiskraft wenigstens im Umfange des Antrages suspendirt bleiben, während er fortan so, wie er von Anfang an festgestellt war, als richtig gilt und die Partei auch in höherer Instanz mit der Behauptung, daß derselbe unrichtig sei, nicht weiter gehört werden kann [33]). Von Amtswegen ist die Versäumung der Frist nicht zu berücksichtigen, da in der Unterlassung einer darauf bezüglichen Rüge Seiten des Prozeßgegners eine stillschweigende Verlängerung der Frist enthalten ist (§. 267 Abs. 1) [34]).

II. Mündliche Verhandlung und Entscheidung über den Berichtigungsantrag.

Nach der Hannöverschen CPO. (§. 363) hatte, wenn Anträge auf Berichtigung, Ergänzung oder Erläuterung des Urtheils, bez. des Thatbestandes nicht sofort nach Verkündung des Urtheils, sondern erst später gestellt werden, der Vorsitzende des Gerichts den Verhandlungstermin auf einen der nächsten Tage festzusetzen [35]). Eine dies direkt aussprechende Bestimmung ist zwar in der deutschen CPO. nicht enthalten. Es liegt indessen, wie Struckmann und Koch [36]) mit Recht bemerken, wohl in der Natur der Sache, daß der Gerichtsvorsitzende den Termin auf einen nahen Sitzungstag anberaumt und da nöthig von den ihm in §. 204 Abs. 2 und 4 der CPO. eingeräumten Befugnissen Gebrauch macht. Denn wenn der Antrag auf Berichtigung überhaupt Aussicht auf Erfolg haben soll, so muß, wie bereits oben bemerkt wurde, die Verhandlung über denselben zu einer Zeit stattfinden, wo dem Gerichtshofe die Angelegenheit noch in frischer Erinnerung ist. Die Erfahrung lehrt, daß, wenn der Antrag auf Berichtigung erst nach Wochen zur Verhandlung kommt, die Richter nicht im Stande sind, sich mit Sicherheit zu erinnern, wie die von den Anwälten bei der mündlichen Verhandlung zur

---

[33]) s. auch Kleiner a. a. O. S. 184. Endemann: II S. 130. Petersen: S. 489. Entsch. des RGerichts Bd. IV S. 369 f.

[34]) Hellmann: Bem. b S. 157. Gaupp: II S. 168. And. M. v. Sarwey, welcher (Bem. 2 S. 439) dies nicht für folgerichtig findet, da die Frist von acht Tagen sich daraus erkläre, daß die Verhandlung noch möglichst frisch im Gedächtnisse der Richter sein solle, wenn ein Berichtigungsantrag gestellt wird.

[35]) Eine ähnliche Bestimmung enthielt die Württembergische CPO. vgl. §. 373 f.

[36]) Bem. 4 S. 321.

Hauptsache geäußerten Worte gelautet haben; auch den schriftlichen Aufzeichnungen einzelner Gerichtsmitglieder wird in dergleichen Fällen nicht immer Berücksichtigung Seiten des Richterkollegiums zu Theil [37]).

Ueber den Berichtigungsantrag kann nur auf Grund mündlicher Verhandlung entschieden werden. Dies ist eine der im Eingange dieses §. hervorgehobenen Abweichungen von dem in Gemäßheit §. 290 Abs. 2 stattfindenden Verfahren, insofern über einen unter letztere Gesetzesvorschrift fallenden Berichtigungsantrag auch ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann.

Das Gericht kann sich bei seiner Entscheidung theils auf etwaige, zum Sitzungsprotokoll erfolgte Feststellungen, welche nach §. 285 den direkten Gegenbeweis gegen den Inhalt des Urtheilsthatbestandes liefern, theils insoweit solche Feststellungen nicht vorhanden sind, auf den Eindruck, welchen die unmittelbare mündliche Verhandlung im Gedächtnisse der Richter zurückgelassen hat, theils auf etwaige schriftliche Notizen einzelner Mitglieder stützen. Auch können dem Gedächtnisse derselben nach Befinden der Inhalt der Schriftsätze und die Verhandlungen über den Berichtigungsantrag selbst zu Statten kommen [38]).

Dagegen ist jede Beweisaufnahme ausgeschlossen. Der Grund dieser Vorschrift ist darin zu suchen, daß die Richter eben nur eigene Wahrnehmungen festzustellen haben [39]). Darauf beruht aber auch die Erwartung, daß sie, wenn ihnen ein Irrthum oder ein Uebersehen in der Feststellung dieser Wahrnehmungen vorgehalten wird, dasselbe in einer der vorstehend angedeuteten Weisen verbessern können [40]).

Ueberhaupt findet die Vorschrift im vierten Satze des §. 291 ihre natürliche Erklärung in dem ganzen Wesen der hier fraglichen Prozedur. Insbesondere gilt dies von der Vorschrift, daß bei der Entscheidung über Berichtigung des Thatbestandes nur die Richter mitwirken können, welche bei dem Urtheil (§. 284) mitgewirkt haben —, indem auch hier die Rücksicht Platz greift, daß

---

[37]) Die Richtigkeit obiger Bemerkung wird auch von v. Kräwel (Busch IV S. 245 verb. mit Bd. III S. 463) konstatirt, wobei er zugleich den Anwälten anrathet, dem Gedächtnisse der Richter dadurch zu Hülfe zu kommen, daß sie sich bei ihrem Vorbringen möglichst an den Inhalt der Schriftsätze halten und die bei der mündlichen Verhandlung etwa vorgekommenen Zusätze und Abänderungen durch Anlagen zum Protokolle feststellen.

[38]) vgl. auch Struckmann und Koch: Bem. 4 S. 320.

[39]) vgl. auch Seuffert: Bem. 2c S. 378. v. Wilmowski und Levy: Bem. 4 S. 396.

[40]) vgl. Seuffert a. a. O.

nur die eigenen Wahrnehmungen, bez. Erinnerungen des Gerichtes, welche durch Herbeiziehung der Akten und das Sitzungsprotokoll aufgefrischt werden können, maßgebend sein sollen.

Die hierbei einschlagenden Bestimmungen in Alin. 2 und 3 des vierten Absatzes in §. 291 fehlten im Entwurfe der CPO. [41]), sie sind erst nach den Beschlüssen der Justizkommission des Reichstages in das Gesetz aufgenommen worden.

Bei der Berathung in erster Lesung [42]) hatte auf Einwand des Abg. v. Puttkamer: es sei in den §§. 280—282 des Entwurfs gleichmäßig vom „Gericht" die Rede, bei welchem die Berichtigungen, bez. Ergänzungen des Urtheils beantragt werden müßten, in den Motiven zu §. 282 (jetzt §. 292) komme vor, daß bei dem Verfahren nach §. 282 auch andere Richter, als jene, welche das Urtheil gefällt, Theil nehmen könnten und es erscheine hieraus die Folgerung zulässig, daß im Verfahren nach §§. 280 und 281 andere Richter nicht eintreten dürften — der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg erklärt: nach der Intention des Entwurfes sei nicht ausgeschlossen, daß auch am Verfahren nach §§. 280 und 281 andere Richter, als die, welche das Urtheil gefällt, Theil nehmen können.

Diesen Gedanken nahm bei der zweiten Lesung in der Kommission [43]) der Abgeordnete Becker wieder auf, indem er — im Vereine mit den Abgg. Struckmann und Dr. Wolffson — beantragte:

> „in Absatz 4 (des jetzigen §. 291) nach dem Worte: „Beweisaufnahme" die jetzt, den Wortlaut des Alin. 2 und 3 bildenden Sätze („bei der Entscheidung" bis „den Ausschlag") einzuschalten"

und dabei die Frage, ob an dem bezüglichen Berichtigungsverfahren auch andere Richter, als diejenigen, welche das Urtheil gefällt, Theil nehmen könnten, in denjenigen Gesetzesgebieten, wo ein Berichtigungsverfahren bestehe, als kontrovers, aus diesem Grunde aber eine gesetzliche Lösung als wünschenswerth bezeichnete. Das Institut der Feststellung des Thatbestandes durch das Gericht würde — wie weiter bemerkt wurde — entschieden diskreditirt werden, wenn diese Feststellung unter Mitwirkung von Personen geschehen dürfe, welche den Vortrag der Sache nicht gehört haben, also den Thatbestand nicht kennen.

Zu diesem Antrage wurde vom Abg. Struckmann bemerkt [44]): nach dem Entwurfe würde beim Amtsgericht über die Berichtigung sogar ein Rich-

---

[41]) Entwurf §. 281. vgl. Hahn: Mat. II. 1. Abth. S. 37.

[42]) vgl. Prot. S. 105. Hahn: II. Bd. 1. Abth. S. 607.

[43]) vgl. Prot. S. 546 bei Hahn a. a. O. II. Bd. 2. Abth. S. 1005.

[44]) vgl. Hahn a. a. O. S. 1006.

ter allein entscheiden können, welcher von der Sache nichts wisse. Andererseits werde nach seinem Antrage, wenn der Amtsrichter, vor welchem die Verhandlung stattgefunden, verhindert sein sollte, die Berichtigung ganz ausgeschlossen sein. Er wolle aber in solchem Falle lieber gar keine Berichtigung, als die Berichtigung durch einen Richter, der die Sache nicht kenne.

Dem wurde von Seiten des Dir. von Amsberg eingehalten [45]): der Standpunkt, den er in erster Lesung vertreten habe, werde von allen Gesetzgebungen, welche ein Berichtigungsverfahren haben, getheilt. Ein Bedürfniß für den Antrag Becker bestehe nicht; auch der Entwurf nehme als Regel an, daß dieselben Richter am Berichtigungsverfahren Theil nehmen sollen, welche der ersten Verhandlung beigewohnt haben. Sei dies aber nicht möglich, so scheine es ihm sehr bedenklich, von der vorgeschriebenen Anzahl der Richter abzusehen, ja unter Umständen, wenn nämlich alle Richter verhindert seien, die Berichtigung ganz auszuschließen. Es werde nicht selten möglich sein, einen Irrthum bei der Feststellung des Thatbestandes sogar vor den Richtern nachzuweisen, die der ersten Verhandlung nicht beigewohnt hätten.

Abg. v. Puttkamer [46]) erklärte sich dagegen zu Gunsten des Antrags Becker: im Berichtigungsverfahren solle die Feststellung desjenigen, was das erste Mal vorgetragen worden, korrigirt werden; dies vermöge nur, wer die erste Verhandlung mit angehört habe. Der Fall, daß jemals alle Richter verhindert sein sollten, werde kaum vorkommen; denn die Hauptbedeutung des Berichtigungsverfahrens bestehe gegenüber den Urtheilen zweiter Instanz, deren thatsächliche Feststellung durch kein Rechtsmittel anfechtbar sei; dort wohnten aber stets fünf Richter der Verhandlung bei.

Von Seite des Abg. Gaupp wurde dem Antrage Becker dringende Befürwortung zu Theil [47]). Verhinderungsfälle seien — führte er aus — durchaus nicht so selten; dies erkläre sich daraus, daß bis zur Fertigung des Urtheils oft mehr als die gesetzliche Frist von einer Woche vergehe. Der Entwurf lasse die Möglichkeit offen, daß beim Berichtigungsverfahren eine Majorität von Richtern entscheide, welchen der zu konstatirende Umstand völlig fremd sei, oder daß bei Meinungsverschiedenheiten unter den bei der Verhandlung anwesend gewesenen Richtern ein Dritter den Ausschlag gebe, welcher von dem Vorgange nichts wisse. Dies erscheine völlig vernunftwidrig. Nach französischem und rheinischem Rechte gelte eine dem Antrage Becker ähnliche

---

[45]) vgl. Hahn a. a. O.

[46]) vgl. Hahn a. a. O.

[47]) vgl. Prot. S. 547. Hahn a. a. O. S. 1006.

Bestimmung, indem dort über die Berichtigung der Vorsitzende und bei Verhinderung desselben der nächstälteste Richter, welcher bei der mündlichen Verhandlung zugegen gewesen sei, entscheide. Der Becker'sche Antrag sei übrigens auch eine nothwendige Konsequenz aus der Bestimmung des Entwurfs, daß der Thatbestand einen Theil des Urtheils bilde und das Urtheil nur von Richtern gefällt werden könne, welche der fraglichen Handlung angewohnt haben; denn im Berichtigungsverfahren werde der Thatbestand erst definitiv festgestellt.

Der Antrag Becker fand die Zustimmung der Kommission [48]).

Abg. Gaupp hatte dabei noch den Zusatzantrag gestellt:

„dem (obigen) Antrage Becker für den Fall der Annahme von Handelsgerichten folgenden Zusatz zu geben:

„der Ablauf der Dienstzeit ist für die Handelsrichter kein Hinderniß, an der Entscheidung mitzuwirken [49])."

Auch dieser Antrag gelangte zur Annahme und wurde zu den eventuell über das handelsgerichtliche Verfahren gefaßten Beschlüssen verwiesen [50]).

Bei Berathung des Gerichtsverfassungsgesetzes in erster Lesung war — im Anschluß hieran — als Zusatzparagraph 92b folgender beschlossen worden:

„die Handelsrichter haben auch nach dem Ablaufe ihrer Amtszeit an der Entscheidung über einen Antrag auf Berichtigung eines Urtheils mitzuwirken [51])."

---

[48]) Prot. S. 547. Hahn a. a. O. — In erster Lesung hatte (vgl. Prot. S. 105. Hahn: II. Bd. 1. Abth. S. 607) der Abg. Bähr zu §. 281 des Entwurfes beantragt, als Alin. 2 zu setzen: „Die Frist beginnt mit der Zustellung des Urtheils," indem nicht abzusehen sei, warum nicht in §. 281 ebenso wie bei dem Verfahren nach §. 282 oder bei der Berufung der Beginn der Frist von der Zustellung des Urtheils beginnen solle. Durch den „Aushang des Urtheilsverzeichnisses" werde die Partei nicht in die Lage gebracht, einen Antrag auf Berichtigung stellen zu können.

Dagegen machte Dir. von Amsberg geltend: Der Unterschied basire auf praktischen Rücksichten; es sei wünschenswerth, daß eine Partei, welche Unrichtigkeiten im Thatbestande des Urtheils wahrzunehmen glaubt, möglichst rasch darauf aufmerksam mache, damit, wo möglich, dieselben Richter, die das Urtheil gefällt, über den Berichtigungsantrag in einem Zeitpunkte erkennen, wo ihnen die Sache noch nicht aus dem Gesichtspunkte entschwunden sei.

Dieser Antrag des Abg. Dr. Bähr wurde abgelehnt. Hahn a. a. O.

[49]) Prot. S. 546. Hahn: II. Bd. 2. Abth. S. 1005.

[50]) vgl. Prot. des Just. Komm. S. 547. Hahn: II. Bd. 2. Abth. S. 1006.

[51]) vgl. Hahn: Mot. I. Bd. 2. Abth. S. 1721.

Indessen bei der wiederholten Kommissionsberathung wurde dieser Zusatzparagraph wieder in Wegfall gebracht [52]). Denn daß Handelsrichter — wurde bemerkt — auch nach Ablauf der Amtszeit mitwirken sollen, sei an und für sich eine ganz eigenthümliche Sache und würde zu der Konsequenz führen, daß man auch pensionirte und emeritirte Richter noch zu den Funktionen des Richters zulasse. Die Bestimmung sei um so bedenklicher, wenn man erwäge, welche persönliche Erfordernisse an den Handelsrichter gestellt würden; er müsse ein Deutscher sein, er müsse im Bezirke wohnen, dürfe nicht in Konkurs gerathen, nicht unter Kuratel gestellt sein. Die Folgen eingetretener Veränderungen in diesen Umständen könnten nicht erst bei dem Antrage auf Berichtigung eines Urtheils zur Entscheidung kommen. Der gefaßte Beschluß sei daher unhaltbar.

Die schon oben dargelegte Absicht des Gesetzes, welche insbesondere aus dieser Entstehungsgeschichte desselben deutlich erkennbar hervortritt, ist darauf gerichtet, daß, wenn möglich, alle Richter, welche bei dem zu berichtigenden Urtheile mitgewirkt haben, auch sämmtlich an der Entscheidung über den Berichtigungsantrag Theil nehmen sollen [53]). Darauf kommt nichts an, ob sie noch derselben Gerichtsabtheilung (Senat, Kammer) angehören; für den Wechsel in deren Besetzung ist durch §. 64, verb. mit §§. 121, 133 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Möglichkeit gegeben, die frühere Zusammensetzung zu bewirken [54]). Daß aber Handelsrichter nach Ablauf ihrer Dienstzeit ebensowenig zu einem Berichtigungsverfahren zugezogen werden dürfen, als Staatsdiener, welche nicht mehr dem betreffenden Gerichte als Mitglieder angehören, dürfte nach den obigen Ausführungen keinem Zweifel unterliegen.

Die Richter, welche „bei dem Urtheile mitgewirkt haben" (Abs. 4 des §. 291 Alin. 2) sind (nach §. 280) nur solche, welche der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung beiwohnten.

Ist einer dieser Richter verhindert, an der Entscheidung über die Berichtigung Theil zu nehmen, so wird die Entscheidung (der Beschluß) von den Uebrigen gefällt; einer Ergänzung auf die sonst gesetzlich vorgeschriebene Zahl bedarf es in diesem Falle nicht; vielmehr ist von der sonst vorgeschriebenen Richterzahl abzusehen und die Zuziehung eines anderen Richters in keinem Falle gestattet.

---

[52]) Prot. über die 169. Sitzung. vgl. Hahn: I. Bd. 2. Abth. S. 1021, insbes. S. 1026.

[53]) S. auch Petersen: S. 489 Anm. 1.

[54]) Puchelt: Komm. II. Th. S. 110.

Im Falle der Behinderung eines Richters giebt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters den Ausschlag (§. 291 Abs. 4).

Ist keiner der Richter, welche bei dem Urtheile mitgewirkt haben, mehr vorhanden, so muß das Berichtigungsverfahren überhaupt unterbleiben [55]). Eine solche faktische Vereitelung des letzteren tritt insbesondere in dem Falle ein, wenn im Parteiprozesse der Amtsrichter, von welchem das Urtheil erlassen wurde, wegen dauernder Behinderung nicht mehr in der Lage ist, die Berichtigung vorzunehmen (CPO. §. 456). In einem solchen Falle kann auch, wie Hellmann [56]) richtig bemerkt, die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen das Urtheil keine Remedur gewähren, da die höhere Instanz an den Thatbestand des angefochtenen Urtheils gebunden ist, sofern derselbe nicht durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann.

Diese Bestimmung des Abs. 4 enthält eine Abweichung von der Vorschrift in §. 194 des Gerichtsverfassungsgesetzes, wonach bei den Entscheidungen Richter nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken dürfen [57]). Das Gericht ist, des Wegfalls eines oder mehrerer seiner Mitglieder ungeachtet, für gehörig besetzt erklärt, wenn diejenigen nicht verhinderten Richter, welche bei dem Urtheile mitgewirkt haben, entscheiden. Die Möglichkeit, daß über einen Berichtigungsantrag von einem nicht im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes voll besetzten Gerichte entschieden wird, ist um deswillen unbe=

---

[55]) Seuffert: Bem. 2c S. 378 scheint anzunehmen, daß auch in dem Falle, wenn bei einem Kollegialgerichte mehr als einer der zur Theilnahme am Berichtigungsverfahren befähigten Richter wegfällt, der Antrag auf Berichtigung zurückzuweisen sei. Für diese Auffassung spricht anscheinend die Wortfassung des Abs. 4: „ist ein Richter verhindert“. Allein dies ist wohl nicht die Absicht des Gesetzes, da eine materielle Entscheidung über den Berichtigungsantrag auch beim Wegfalle mehrerer Mitglieder eines Kollegialgerichts möglich bleibt. Freilich ist dann der Fall denkbar, daß bei einem Kollegialgerichte die Entscheidung über den Berichtigungsantrag thatsächlich in den Händen des einzigen noch vorhandenen Richters liegt.

[56]) Bem. e S. 158.

[57]) vgl. noch Ger. VG. §§. 77, 109, 124. Vgl. auch CPO. §. 513 No. 1. Die Zulassung dieser Abweichung vom Grundsatze eines gehörig besetzten Gerichts kann in höherer Instanz schon deshalb nicht in Frage kommen, weil mit Rücksicht auf die alleinige Kenntniß der früher mitwirkenden Richter nach Abs. 4 des §. 291 eine Anfechtung des Beschlusses nicht zulässig ist. vgl. v. Wilmowski und Levy: Bem. 5 S. 396. Endemann: II S. 130: „Das in Gemäßheit der Bestimmung in Satz 3 des Abs. 4 besetzte Gericht ist immer in tantum ein gehörig besetztes.“

denklich, weil die Beiziehung eines anderen Richters an Stelle desjenigen, welcher der Verhandlung beigewohnt hat, gar keine Garantie dafür bietet, daß der Thatbestand der Wahrheit gemäß berichtigt werde. Denn dieser andere Richter hat von dem wahren Thatbestande keine eigene Kenntniß und eine Beweisaufnahme findet nicht statt, weil gerade die beim Berichtigungsverfahren mitwirkenden Richter aus eigener Erinnerung entscheiden sollen [58]).

Der Antrag auf Berichtigung hat Erfolg, wenn das Gericht aus irgend einem Grunde in der Lage ist, sein Zeugniß abzuändern oder zu verdeutlichen. Allerdings kann (wie Gaupp S. 168) richtig hervorhebt, dasselbe nicht als verpflichtet angesehen werden, jedem Antrage auf Berichtigung des Thatbestandes deshalb zu entsprechen, weil nach seiner Ansicht der in den Thatbestand nicht aufgenommene Umstand bei der Streitverhandlung wirklich geltend gemacht worden ist. Denn der Thatbestand hat eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes zu enthalten und das Gesetz verfolgt nicht den Zweck, diese Bestimmung durch das Berichtigungsverfahren illusorisch zu machen. Allein andererseits wird doch ein mündliches, vom Sitzungsprotokolle nicht betroffenes Parteivorbringen in Folge des Berichtigungsantrages wenigstens der Regel nach noch nachträglich zum Thatbestande des Urtheils festgestellt werden müssen, da das Gericht die Relevanz des Vorbringens auch hier nicht zu prüfen hat. Jedenfalls bringt es die Natur der Sache mit sich, daß dem Berichtigungsantrage nur dann stattzugeben ist, wenn das Gericht wirklich die Ueberzeugung hat, daß die Behauptungen des Antragstellers in Wahrheit beruhen, d. h. daß die im Thatbestande vertretene Auffassung des Parteivorbringens falsch ist. Da es bei dem Berichtigungsverfahren eben auf Klarstellung des wirklichen Hergangs bei der mündlichen Verhandlung ankommt, so würde auch das bloße Einverständniß des Gegners mit der beantragten Berichtigung nicht ausreichen, dieselbe auszusprechen.

Die Entscheidung über den Berichtigungsantrag erfolgt — im Gegensatze zu dem rheinisch-französischen Verfahren, nach welchem blos der Gerichtsvorsitzende, bez. der diesen ersetzende älteste Richter die Berichtigung bei stattgehabter Opposition gegen die Qualitäten erledigt [59]) — durch das Gericht. Sie ist kein Urtheil, sondern hat die Natur eines Beschlusses. Daher finden auf dieselbe die Bestimmungen der §§. 284, 287 CPO. keine Anwendung; es braucht somit der Beschluß auch nicht mit Entscheidungsgründen versehen zu sein [60]). Von einer Anfechtung desselben mit Rechtsmitteln kann nicht die Rede sein, weil derselbe nur ein Zeugniß des Gerichts ist.

---

[58]) vgl. Hellmann: Bem. e S. 158.

[59]) Code de procédure civ. Art. 143—145.

[60]) In dem Aufsatze v. Kräwel's (Busch, Zeitschr. III S. 462) ist der Zweifel

Der Beschluß ist gemäß §. 294 zu verkünden; zur Wirksamkeit der Verkündung bedarf es nicht der Anwesenheit der Parteien [61]). Das gesammte Berichtigungsverfahren ist übrigens, soweit es nicht nach freier richterlicher Ueberzeugung muthwillig veranlaßt wurde, in Ansehung der Gerichtskosten gebührenfrei (vgl. Gerichtskostengesetz §. 47 Abs. 1 No. 10 und Abs. 2. Wegen der Gebühren der Rechtsanwälte vgl. Rechtsanwaltordnung §§. 23 No. 1, 29 No. 6).

III. Anwendung der Grundsätze über das Versäumnißverfahren.

Das Verfahren wegen Berichtigung des Thatbestandes bestimmt sich, abgesehen von einzelnen, vorstehend hervorgehobenen Modifikationen, nach den allgemeinen Grundsätzen über die mündliche Verhandlung, soweit dieselben überhaupt mit der Struktur des Berichtigungsverfahrens in Einklang gebracht werden können. Es entsteht dabei insbesondere die Frage, ob die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnißverfahren in §§. 295 fg., welche gemäß §. 312 Abs. 2 an sich auf Zwischenstreitigkeiten Anwendung finden, hier Platz ergreifen können. Die Frage ist bestritten. Der Stand der Ansichten der Kommentatoren ist folgender:

Gaupp bemerkt [62]):

„bleibt in dem Termine eine Partei oder bleiben beide Parteien aus, so entscheidet das Gericht über den gestellten Antrag; es findet also weder ein Versäumnißverfahren nach §. 295 f., noch ein Ruhen des Prozesses (§. 228) statt, sondern das Gericht entscheidet in Abwesenheit einer oder beider Parteien auf Grund des Antrags. Gerade mit Rücksicht hierauf ist ein schriftlicher Antrag mit bestimmtem Inhalte für wesentlich erklärt. Einem Versäumnißverfahren steht nicht nur entgegen, daß §. 291 im Berichtigungverfahren nur einen „Beschluß", aber kein Urtheil kennt; sondern ein Versäumnißurtheil wäre auch,

---

angeregt, ob der Beschluß nicht wenigstens dann mit Gründen zu versehen sei, wenn der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird. Allein dagegen kommt wohl in Betracht, daß auch in dem Falle, wenn die Berichtigung gegenüber dem Widerspruche des Gegners zugelassen wird, hierin doch auch eine faktische Zurückweisung des gegnerischen Antrages liegt, und bei jener Auffassung folgerichtig in beiden Fällen Gründe zu geben sein würden. vgl. v. Kräwel a. a. O.

[61]) vgl. §. 294 Abs. 2, §. 283 Abs. 1.

[62]) vgl. Bd. II unter III S. 168.

nachdem ein kontradiktorisches Endurtheil bereits erlassen worden, nicht mehr möglich (§. 289); ein selbständiges Versäumnißverfahren nur in Beziehung auf den Antrag (welcher gar nicht gegen den Urtheilstenor, überhaupt nicht auf das Streitverhältniß, sondern nur gegen die Abfassung des Thatbestandes gerichtet ist) würde dagegen mit den Prinzipien des Versäumnißverfahrens unvereinbar sein, da der §. 312 Abs. 2 hierher nicht paßt, auch keine analoge Ausdehnung zuläßt. Ueberdies handelt es sich hier um eine Bezeugung durch das Gericht, welche nicht Gegenstand der Parteidisposition ist, also auch nicht den Kontumazialfolgen unterliegen kann."

Seuffert[63]):

„ein Versäumnißverfahren im Sinne der §§. 295 fg. kann deswegen nicht stattfinden, weil das Gesetz keinen Versäumnißbeschluß kennt. Erscheint nur eine der Parteien, so ist nach Lage der Sache zu beschließen. Die §§. 295, 296 aber sind nicht anwendbar. Einspruch findet nicht statt. Erscheint keine Partei, so kann, da Beschluß nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden darf, kein Beschluß erfolgen. Es tritt eine Art von Ruhen des Berichtigungsverfahrens ein."

Struckmann und Koch[64a]) bemerken:

„Die Entscheidung hat die Natur eines Beschlusses, nicht eines Urtheils.... Es finden daher die Bestimmungen des nur auf Zwischenurtheile bezüglichen §. 312 Abs. 2 und mithin die Vorschriften der §§. 295 fg. über das Versäumnißverfahren keine Anwendung. Bleiben beide Parteien im Termine zur mündlichen Verhandlung aus, so ruht nach §. 228 Abs. 2 das Verfahren.... So gut, wie die Parteien die Frist durch Vereinbarung verlängern können, können sie auch durch stillschweigende Vereinbarung den Termin zur mündlichen Verhandlung aufheben, mit der Wirkung, daß ein neuer von ihnen beantragt werden kann. Von einer Officialthätigkeit des Gerichts ist keine Rede, da die Berichtigung im Gegensatze zu §. 290 nur auf Antrag eintritt und ein solcher jederzeit zurückgenommen werden kann."

v. Sarwey[64b]):

„daraus, daß eine Ladung zur mündlichen Verhandlung erforderlich ist, kann gefolgert werden, daß die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nicht erfolgen könne, daß also, wenn keine von beiden Parteien

---

[63]) Bem 2d S. 378.

[64a]) Bem. 4 S. 321.

[64b]) Bem. 6 S. 440.

erscheint, der Antrag ruht (§. 228 Abs. 2), wenn nur eine der Parteien erscheint, ein Versäumnißurtheil ergeht.... Ueberwiegende sachliche und formelle Gründe scheinen gegen diese Konsequenz aus Abs. 3 des §. 191 (?) zu sprechen. Es ist für das Gericht nicht gleichgültig, ob ein von ihm abgegebenes Zeugniß, welches der Thatbestand immer ist, ohne Entscheidung in Frage gestellt bleibt; ein Ruhen des Antrages in Folge Nichterscheinens beider Parteien kann daher nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen; noch weniger ist es mit der besonderen Lage der Sache vereinbar, den Beweis der thatsächlichen Begründung des Antrags den Parteien in der Art anheimzugeben, daß im Falle des Nichterscheinens der Gegenpartei dasselbe als zugestanden anzunehmen ist, worauf das Versäumnißurtheil beruht. Die Anwendung der §§. 295 fg. kann auch nicht aus §. 312 gefolgert werden, da über den Antrag auf Berichtigung nicht durch Zwischenurtheil, sondern nur durch einen Gerichtsbeschluß entschieden wird, gegen welchen keine Anfechtung, also auch nicht der Einspruch zulässig ist. Der ganzen Struktur des Berichtigungsverfahrens entspricht es, daß das Gericht auf einen schriftlichen Berichtigungsantrag, auch wenn in dem Termine keine Partei oder nur eine Partei erschienen ist, ebenso, wie wenn die Parteien erschienen wären, von Amtswegen zu entscheiden befugt wäre. Eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes hierüber wäre allerdings wünschenswerth gewesen, um die Zweifel zu beseitigen."

v. Wilmowski und Levy [65]):

„ein Versäumnißverfahren nach §§. 295 fg. und §. 312 Abs. 2 ist nicht anwendbar, da weder eine Totalversäumung im Sinne der §§. 295 fg. noch ein Zwischenstreit (nach dem Urtheile!) vorliegt. Falls beide Theile nicht erscheinen, so ruht auch das Verfahren nicht nach §. 228. Abs. 2. Die Frist der Absätze 1 und 2 (des §. 291) ist peremtorisch und kehrt nicht wieder (§. 208); die Initiative der Partei ist damit abgeschlossen. Das mit Rücksicht auf seine Wissenschaft angerufene Gericht hat aber dieselbe als Offizialthätigkeit zu bezeugen, mögen beide Parteien oder eine nicht erscheinen; es würde eine formalistische Anregung zu Zweifeln und eine unnatürliche Unterdrückung des Amtsgefühls sein, wenn das Gericht angerufen schweigen müßte."

Petersen [66]) sagt:

„auf die mündliche Verhandlung, welche §. 291 vorschreibt, finden die allgemeinen Bestimmungen der CPO. Anwendung. Ein Versäumniß-

---

[65]) Bem. 4 S. 397.

[66]) Bem. 1 S. 490.

verfahren findet jedoch nicht statt, da weder ein Versäumniß im Sinne der §§. 295 fg., noch ein Zwischenstreit vorliegt und die Berichtigung nicht durch Urtheil, sondern durch Beschluß erfolgt. Wenn beide Theile ausbleiben, tritt ein Ruhen des Verfahrens nicht ein. Vielmehr hat das Gericht den gestellten Antrag von Amtswegen zu prüfen und darüber zu entscheiden."

Hellmann[67]):

„da das Berichtigungsverfahren nicht den Charakter eines Zwischenstreites, der Beschluß hierauf nicht den Charakter eines Urtheils trägt, so finden auf jenes die Bestimmungen der §§. 295 fg. über das Versäumnißverfahren keine Anwendung."

Kleiner[68]):

„Erscheint in der mündlichen Verhandlung der Antragsteller nicht, so wird der Antrag zurückzuweisen sein. Dies wird unbedenklich geschehen können bezüglich der Nachholung von Konstatirungsanträgen (§. 270); hier liegt aber alsdann kein — in öffentlicher Sitzung gestellter — Antrag vor. Aber auch für Widersprüche und dergl. wird zu präsumiren sein, Antragsteller verlange eine Richtigstellung ferner nicht mehr. Erscheint der Gegner nicht, so wird wenigstens angenommen werden können, es sei die Abänderung und dergl., welche nachträglich festgestellt werden soll, thatsächlich vorgebracht worden. Ob Widersprüche zwischen dem Thatbestande und dem Sitzungsprotokolle bestehen, ob Dunkelheiten vorliegen, ist vom Richter bei der Anwesenheit oder Nichtanwesenheit des Gegners zu entscheiden."

v. Bülow, welcher das Berichtigungsverfahren „einen unter den allgemeinen Vorschriften stehenden Zwischenstreit" nennt[69]), verneint gleichwohl, daß die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnißverfahren hier Anwendung finden könnten, weil — abgesehen davon, daß die auf den Berichtigungsantrag abzugebende Entscheidung im Wege des Beschlusses, nicht des Urtheils zu erfolgen habe, die nothwendig zum Versäumnißverfahren gehörende Zulässigkeit der Einspruchserhebung aber einem Beschlusse gegenüber undenkbar erscheine — durch die Nichtzulassung jeglicher Beweisführung die Denkbarkeit für ausgeschlossen zu erachten sei, daß im Falle der vom Gegner des Antragstellers verhangenen Versäumniß die Behauptungen des letzteren als zugestanden angenommen werden könnten. Sei dies aber richtig, so müsse das

---

[67]) Bem. d S. 157.

[68]) S. 186.

[69]) vgl. Busch's Zeitschrift Bd. IV S. 346.

Versäumnißverfahren auch dann, wenn die Versäumniß auf Seiten des Antragstellers vorliegt, ausgeschlossen sein. Im letzteren Falle sei danach der Antragsteller nach den allgemeinen Bestimmungen (§§. 208, 209) kraft des Gesetzes seines Anspruches auf Berichtigung des Thatbestandes verlustig, während beim Nichterscheinen des Gegners das Gericht über den Antrag nach Prüfung desselben zu beschließen habe, dergestalt, daß diesem Beschlusse gegenüber auch die Anfechtung mittels Einspruchs ausgeschlossen sei [70]).

Die Anwendung der Vorschriften über das Versäumnißverfahren in §. 312 Abs. 2 auf das Verfahren bei Berichtigung des Thatbestandes ist mit Recht zu verneinen. Selbst wenn man das letztere als einen Zwischenstreit unter den Parteien im Sinne von §§. 312, 275 in materieller Beziehung ansehen könnte, — obwohl sich gegen diese Auffassung erhebliche Bedenken mit Rücksicht auf den Begriff eines solchen Zwischenstreites ergeben — [71]), so steht der Anwendung jener Vorschriften auf das vorliegende Verfahren schon die formelle Erwägung entgegen, daß für die Form der in Gemäßheit §. 291 zu ertheilenden Entscheidung der Beschluß vorgeschrieben ist, von dem Inhalte des Zwischenstreites unter den Parteien aber alle diejenigen prozessualischen Verhandlungen ausscheiden, welche nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung durch Beschluß erledigt werden müssen [72]). In Fällen dieser Art kann daher auch ein Versäumnißurtheil, von dem doch in §. 312 Abs. 2 die Rede ist, um so gewisser nicht erlassen werden, als das Gericht gemäß §. 289 an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurtheilen enthalten ist, gebunden ist. Da es nun weiter einen Versäumnißbeschluß nicht giebt, so ist hier auch beim Ausbleiben einer Partei in der zur mündlichen Verhandlung über einen Berichtigungsantrag anberaumten Termine auf Grund des etwa beigebrachten schriftlichen Materials, beziehungsweise sonst nach Lage der Sache zu entscheiden. Derselbe Gesichtspunkt muß aber folgerichtig auch beim Ausbleiben beider Parteien ausschlaggebend sein, dergestalt, daß auch in diesem Falle das Gericht befugt ist, von Amtswegen nach Lage der Sache zu entscheiden.

---

[70]) vgl. v. Bülow a. a. O. S. 347 f.

[71]) vgl. über diesen Begriff Näheres in den neuesten Kommentaren von v. Wilmowski's und Levy's, sowie Struckmann's und Koch's zu §. 275, woselbst auch die auf die Lehre vom Zwischenstreite bezügliche neuere Literatur angegeben ist. Auf diesen Gegenstand selbst kann hier nicht näher eingegangen werden.

[72]) vgl. Schollmeyer: der Zwischenstreit unter den Parteien. Halle 1880. Seite 68. 92.

IV. Verlautbarung des Berichtigungsbeschlusses auf dem Urtheile und den Ausfertigungen.

Die hierauf bezügliche Vorschrift im Schlußsatze des Absatz 4 in §. 291 stimmt mit §. 290 Abs. 2 überein. Da beide Bestimmungen den völlig gleichen Wortlaut haben, so ist als Absicht des Gesetzgebers anzunehmen, daß in beiden Fällen das an jene Bestimmung sich anschließende Verfahren das gleiche sein soll. In der Praxis der Gerichtshöfe haben sich verschiedene Ansichten geltend gemacht, wie die Ausführung des Berichtigungsverfahrens zu gestalten sei. In dieser Beziehung sind in dem Aufsatze von Boas[73]) folgende Gesichtspunkte näher entwickelt, welche hier kurz resumirt werden sollen:

a) der Berichtigungsbeschluß sei seinem gesammten Inhalte nach urschriftlich auf der Urschrift des Urtheils zu vermerken. Die hierauf gerichtete Absicht des Gesetzes erhelle schon aus dessen Fassung, wonach der Beschluß auf dem Urtheile und den Ausfertigungen bemerkt werden solle. Denn es leuchte ohne Weiteres ein, daß auf den Urtheilsausfertigungen der ganze Inhalt des Beschlusses zu vermerken sei, und ein bloßer Hinweis darauf, daß ein solcher Berichtigungsbeschluß existire, nicht genüge. Es sei auch vollkommen der Sachlage entsprechend und zweckgemäß, daß, wenn die Berichtigung eines wichtigen amtlichen Schriftstückes nothwendig werde, diese Berichtigung und, wie dieselbe lautet, alsbald auf dem zu berichtigenden Schriftstücke ersichtlich gemacht werde.

b) Der Berichtigungsbeschluß sei auf allen künftig zu ertheilenden Urtheilsausfertigungen und auf den von den Parteien zu diesem Behufe zurückgereichten inhaltlich zu bemerken. Dies sei sowohl nach der Vorschrift des Gesetzes zweifellos und unbedenklich, als von selbst klar, da ein Gericht nicht Ausfertigungen von ihm bereits berichtigter Urtheile ferner noch in unrichtiger Fassung ertheilen dürfe und daß es zuvor ertheilte unrichtige Ausfertigungen berichtigen müsse.

c) Von Amtswegen sei das Gericht nicht verpflichtet, die früher ertheilten Ausfertigungen von den Parteien wieder einzufordern, um den Berichtigungsbeschluß darauf zu setzen. Eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift enthalte das Gesetz nicht, auch ständen dem Gerichte irgendwelche Zwangsmittel nicht

---

[73]) vgl. Boas (Landgerichtsdirektor in Stettin): das Berichtigungsverfahren gemäß der §§. 290 und 291 CPO." in Gruchot's Beiträgen (fortgesetzt von Rassow und Küntzel) Bd. 25 S. 866 — 872). Vgl. dazu Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 29. März 1881. Entsch. Bd. 3 No. 128 S. 435 f.

zu Gebote, um seinem Verlangen nach Rückgabe der Ausfertigungen Nachdruck zu geben [74]). Es möge unter Umständen für die Partei auch völlig interesse- und werthlos sein, eine solche Berichtigung des Urtheils nachträglich auf ihrer Ausfertigung bemerkt zu sehen, z. B. in Fällen, wo das Gericht von Amtswegen nach §. 290 CPO. die Berichtigung eines Schreibfehlers beschlossen hat. Man möge es daher ruhig den Parteien überlassen, ihrerseits die Vermerkung des Berichtigungsbeschlusses auf früher ihnen ertheilten Ausfertigungen zu beantragen, um so mehr als sie vielleicht gar nicht mehr im Besitze derselben seien. Fordere das Gericht dieselben ein, so könne dies aber keinesfalls etwas schaden.

d) Der Berichtigungsbeschluß könne aber auch für sich und besonders ausgefertigt werden. In Ansehung des in §. 291 gedachten Berichtigungsbeschlusses liege zwar hierzu ein Bedürfniß nicht vor, weil derselbe unanfechtbar sei, nur auf Grund mündlicher Verhandlung erfolgen könne und durch Verkündung gemäß §. 294 zur Kenntniß der Parteien komme. Allein andererseits folge aus den der Partei in §. 271 CPO. eingeräumten Befugnissen das Recht derselben, sich von dem Berichtigungsbeschluß eine selbständige Ausfertigung ertheilen zu lassen. Aus den Bestimmungen des §. 290 ergebe sich sogar die unbedingte gesetzliche Nothwendigkeit solcher Ausfertigungen, weil der Berichtigungsbeschluß im Falle dieses Paragraphen ohne vorgängige mündliche Verhandlung und sogar, ohne Parteiantrag, von Amtswegen gefaßt werden könne, derselbe also, wenn jenes geschehen und der Beschluß nicht verkündet ist, den Parteien von Amtswegen zugestellt werden müsse, während bei erfolgter Verkündung des Beschlusses, zwar die Partei denselben zustellen zu lassen habe, es aber nicht erfindlich sei, warum die Partei, welche das Urtheil vielleicht früher schon zugestellt oder zugestellt erhalten hat, nun noch einmal das ganze Urtheil einschließlich des Berichtigungsbeschlusses, um letzteren allein anzufechten, zustellen lassen müsse. Es lasse sich mithin der (vom Reichsgerichte in der oben in Anm. 73 angezogenen Rechtssache ausgesprochene) Satz, daß der Berichtigungsbeschluß für sich allein nicht ausgefertigt werden dürfe, nicht aufrecht erhalten.

---

[74]) Dies geben auch diejenigen Kommentatoren zu, welche, wie v. Wilmowski und Levy: Bem. 2 zu §. 290. Hellmann: Bem. f zu §. 290 S. 156. v. Sarwey: Bem. 3 zu §. 290 S. 438. v. Bülow: Komm. Bem. 4 S. 211. Gaupp: Bem. II zu §. 290 S. 165 die Ansicht vertheidigen, daß das Gericht die Ausfertigungen von Amtswegen einzufordern habe. Die von Boas vertretene Ansicht wird auch getheilt von Struckmann und Koch: Bem. 3 S. 318 f.

§. 11.

Thatbestand des Berufungsurtheiles.

§. 505 — des vom Verfahren in der Berufungsinstanz handelnden ersten Abschnittes des dritten Buches — der Civilprozeßordnung bestimmt:

„bei der Darstellung des Thatbestandes im Urtheile ist eine Bezugnahme auf das Urtheil voriger Instanz nicht ausgeschlossen."

In der Hannöverischen Civilprozeßordnung war zwar eine dies ausdrücklich aussprechende Vorschrift nicht enthalten. Allein aus §. 420 jenes Gesetzes, — wonach rücksichtlich des Berufungsurtheiles im Allgemeinen die Vorschriften des Theiles II Tit. I Abschnitt 3 und 4 leg. cit. analoge Anwendung zu finden hatten, in Verbindung mit der weiteren Bestimmung in §. 356 Ziff. 4, — einer sachlich mit §. 284 Schlußsatz der Reichs-Civilprozeßordnung konformen Satzung — konnte die Zulässigkeit der Verweisung im Thatbestande des Berufungsurtheils auf den Thatbestand erster Instanz mit Grund nicht bezweifelt werden.

Dagegen ist nach der Württembergischen Civilprozeßordnung eine solche Verweisung für unzulässig erachtet worden [1]. Nach dem Zeugnisse Württembergischer Praktiker [2] hat dies dort die Folge gehabt, daß in den Fällen, wo in zweiter Instanz thatsächlich nichts geändert war, der ganze Thatbestand des ersten Urtheils dem Berufungsurtheile einverleibt werden mußte, was zumeist in der Weise geschah, daß man in die Urtheilsausfertigungen den fraglichen Thatbestand inseriren ließ und nur das in der Berufungsinstanz etwa neu Hinzugekommene hinzunahm.

Der im Eingange angeführte §. 505 fehlte im Entwurfe der Reichs-Civilprozeßordnung. Die Aufnahme dieser Vorschrift erfolgte erst bei der zweiten Lesung in der Reichstagskommission auf Antrag des Abgeordneten von Puttkamer [3], um klar zu stellen, daß es nicht erforderlich sei, dasjenige, was bereits im Thatbestande des Urtheils erster Instanz enthalten sei, sofern es bei der Verhandlung zweiter Instanz unverändert wiederholt worden, in den Thatbestand des Berufungsgerichtes nochmals ausdrücklich aufzunehmen.

---

[1] vgl. v. Streich im Württ. Ger.-Blatte a. a. O. S. 187.

[2] vgl. v. Streich a. a. O.

[3] vgl. Komm. Prot. S. 544. Hahn: Materialien II. Bd. 2. Abth. S. 1004.

Der genannte Abgeordnete erachtete es nämlich für wünschenswerth, den Oberlandesgerichten die Anfertigung eines neuen Thatbestandes zu erlassen und die Bezugnahme auf denjenigen erster Instanz zu gestatten, wenn letzterer Thatbestand von keiner Seite angefochten, vielmehr lediglich das Vorbringen erster Instanz von den Parteien wiederholt worden sei. Ob dies nach dem Entwurfe des Gesetzes statthaft sei, erscheine ihm bei der bestimmten Fassung der Ziffer 3 des §. 274 [4]) (des Entwurfs, §. 284 des Gesetzes) zweifelhaft.

Von Seiten des Direktors im Reichskanzleramte von Amsberg wurde dagegen geltend gemacht: seines Erachtens lasse der Entwurf die Bezugnahme auf den Thatbestand des ersten Urtheils in gleicher Weise zu, wie die Bezugnahme auf andere Urkunden [5]).

Hierauf wurde Seiten der Reichstags-Justizkommission der Redaktionskommission der Auftrag zu Theil, bei dem Abschnitte über die Berufung einen, die Zulässigkeit jener Verweisung zum Ausdruck bringenden Zusatz einzuschalten.

Demgemäß erfolgte diese Aufnahme als §. 483a des Entwurfes (jetzt §. 505) [6]).

Ist hiernach die Vorschrift des §. 505 eine analoge Nachbildung des §. 284 Abs. 2, so folgt hieraus zugleich, daß über Zweck und Grenzen dieser Bezugnahme dieselben Grundsätze gelten müssen, welche für die in §. 284 CPO. zugelassene Bezugnahme auf Schriftsätze maßgebend sind [7]), und daß daher insbesondere die Verweisung auf den Thatbestand des ersten Urtheils nur ausnahmsweise und unter gewissen Voraussetzungen eintreten soll.

Im Einzelnen ist hier noch folgendes zu bemerken.

---

[4]) §. 274 (284) selbst wurde in I. Lesung ohne Debatte angenommen. Komm. Prot. S. 103. Hahn: Mat. II. Bd. 1. Abth. S. 605.

[5]) vgl. die in Anm. 3 angeführten Belegstellen.

[6]) vgl. Hahn: II. Bd. 2. Abth. S. 1229.

[7]) vgl. auch v. Wilmowski und Levy: Komment. 3. Ausgabe Bem. 1 zu §. 505 S. 614 und ähnlich fast alle übrigen Kommentatoren, welche diesen Punkt berühren. Es darf daher auch im Berufungsurtheile nur auf gewisse Stellen der auf die Verhandlung zweiter Instanz bezüglichen Schriftsätze und Protokolle in der Art verwiesen werden, daß jeder Zweifel darüber, was von den Parteien mündlich vorgetragen worden ist, beseitigt bleibt, während eine allgemeine Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze und Protokolle zumal dann, wenn das Berufungsurtheil noch außerdem selbst eine Sachdarstellung enthält, es im Ungewissen lassen würde, was als vorgebracht bezeichnet werden soll. Vgl. noch Entsch. des RG. in Civilsachen II. Bd. No. 123 S. 421 f.

I.

Wenn der Thatbestand des ersten Urtheils sachgemäß ist und in der Berufungsinstanz neue Behauptungen oder Modifikationen des früheren Parteivorbringens nicht hinzutreten, bez. die etwa eingetretenen Aenderungen offensichtlich ohne entscheidenden Einfluß auf das Streitverhältniß selbst sind und überdies schriftlich leicht fixirt werden können, so wird die Bezugnahme auf den Thatbestand erster Instanz in der Regel einem begründeten Bedenken nicht unterliegen; vielmehr wird sich in solchen Fällen diese Verweisung ad priora zur Vermeidung unnöthiger Wiederholungen und einer zwecklosen Häufung des Aktenmateriales um so gewisser empfehlen, als ja ohnehin bei solcher Gestaltung der Sachlage die Aufstellung eines neuen selbständigen Thatbestandes nur im Abschreiben der früheren Darstellung, wenn auch vielleicht in veränderter Form und stylistischer Fassung bestehen würde.

Voraussetzung ist hier freilich stets das Vorhandensein eines brauchbaren und nach jeder Richtung hin erschöpfenden Thatbestandes erster Instanz. Sollten vielleicht gleichwohl in letzterem enthaltene irrthümliche Bemerkungen nebensächlicher Natur zu berichtigen sein, so wird sich die erforderliche Klarstellung leicht durch Parteieinverständniß herbeiführen lassen. Sie kann z. B. in folgender Weise erfolgen:

> „in der vor dem Berufungsgerichte stattgefundenen mündlichen Verhandlung hat der Kläger ꝛc. vorgetragen. Hierbei ist von den Parteivertretern behufs der Berichtigung einiger in dem erstinstanzlichen Thatbestande vorkommenden Schreibfehler übereinstimmend erklärt worden, daß es daselbst unter No. 5 anstatt „dieses Jahres" vielmehr „1881", ferner unter No. 7a statt „1882" vielmehr „1881" und in der Erwiderung Klägers zu den gegnerischen Anführungen unter 7c und 7d statt „Zahlungsfähigkeit" vielmehr „Zahlungsunfähigkeit" heißen müsse."

Ist dagegen der Thatbestand erster Instanz unvollständig, unlogisch oder ungeordnet, oder ändert sich das Sach- und Streitverhältniß in tief eingreifenden Punkten, so daß, wollte man nach dem neueren Vorbringen das alte berichtigen oder ergänzen, ein wesentlich anderes Bild des Streitstandes zu Tage treten würde, so ist die Darstellung eines neuen und selbständigen Thatbestandes im Berufungsurtheile dringend geboten.

Dasselbe gilt von den Fällen, wenn überhaupt die Klarheit, Vollständigkeit und Uebersichtlichkeit des Ganzen dadurch leiden würde, daß der Thatbestand des Berufungsurtheils denjenigen der ersten Instanz durch eine bloße

Bezugnahme unvermittelt in sich aufnimmt [8]). Zu vermeiden ist insbesondere, daß das Berufungsurtheil einen Thatbestand aufstellt, welcher nach seiner ganzen Anlage und nach seinem sonstigen Inhalte eine anscheinend in sich abgeschlossene Darstellung des Sach= und Streitstandes enthält und daneben zugleich ganz im Allgemeinen und ohne nähere Vermittelung auf den erstinstanzlichen Thatbestand verweist. So wenig es nach den obigen Ausführungen [9]) gebilligt werden könnte, wenn der Richter erster Instanz, um sich gegen den Vorwurf der Unvollständigkeit seines Thatbestandes für alle Fälle zu schützen, neben der Aufstellung desselben noch im Allgemeinen auf die vorbereitenden Schriftsätze verweist, so wenig würde es Beifall verdienen, wollte der Berufungsrichter neben Aufstellung eines eigenen Thatbestandes auf Grund der Berufungsverhandlung in ähnlicher unbestimmter Weise auf den Thatbestand des angefochtenen Urtheils sich beziehen; es würde dadurch leicht eine Verwirrung des Sachverhaltes herbeigeführt werden, welche, zum Nachtheile der Parteien in der Revisionsinstanz, die Aufhebung des Berufungsurtheils zur Folge haben könnte [10]). Die Bezugnahme auf den Thatbestand des früheren Urtheils zur Ergänzung und als Theil des zweitinstanzlichen Thatbestandes muß daher, wenn sie den Erfordernissen des Gesetzes (vgl. §. 284 Z. 3 der CPO.) genügen soll, klar ergeben, was in Bezug genommen wird und außerdem erkennen lassen, daß das Bezogene in der mündlichen Berufungsverhandlung unverändert vorgetragen worden ist. Der Berufungsrichter muß sich vor Allem Rechenschaft darüber geben, zu welchem Zwecke und in welchem Umfange er den Thatbestand des ersten Urtheils in Bezug genommen haben will und er muß alsdann präcis zum Ausdrucke bringen, welche Theile des vorigen Thatbestandes wiederholt sein sollen, bez. ob dessen gesammter Inhalt im Berufungsurtheil aufrecht erhalten wird [11]).

---

[8]) vgl. die Ausführungen v. Streich's bei Gruchot a. a. O. Seite 254 und im Württ. Ger.=Bl. S. 188, denen auch Möller bei Gruchot Bd. XXVI S. 194 folgt. Im Wesentlichen ist damit auch Rocholl a. a. O. S. 166 konform, welcher dabei mit Recht noch hervorhebt, daß das auf Grund der Schlußverhandlung in zweiter Instanz neu gewonnene Sachverhältniß das im erstinstanzlichen Thatstande fixirte nicht ohne Weiteres beseitigen könne, weil das in dem nicht berichtigten Thatbestande erster Instanz als Parteivorbringen Beurkundete an und für sich dieselbe Bedeutung habe, wie ein Parteivorbringen zweiter Instanz, selbst wenn es mit diesem in diametralem Widerspruche stände.

[9]) vgl. oben §. 7 Seite 78 f.

[10]) Fälle dieser Art referirt v. Streich am zuerst ang. Orte S. 254, 255. Siehe auch weiter unten Anm. 11.

[11]) vgl. v. Streich und Möller a. a. O. — Rocholl a. a. O. S. 166 bezeichnet es als ungeschickt, im Thatbestande zweiter Instanz einen kurzen — aus

Im Zweifel ist es gewiß stets richtiger und dient zur Vermeidung von Verwirrungen, wenn anstatt einer nur theilweisen Bezugnahme auf den früheren Thatbestand vielmehr eine neue Darstellung des Streit- und Sachstandes bewirkt wird.

Soll aber eine Verweisung Platz ergreifen, so muß durch kurze vorausgeschickte Bemerkungen im Berufungsurtheile der Sachstand wenigstens im Allgemeinen charakterisirt werden und hieran kann sich dann, soviel die Einzelheiten des Streitfalles anlangt, die nicht zu wiederholen sind, nach Lage der Sache die Verweisung auf die Darstellung des erstinstanzlichen Thatbestandes anschließen. Nur sind Widersprüche zwischen den Darstellungen beider Instanzen stets zu vermeiden.

Im Nachstehenden soll versucht werden, das bisher Gesagte an der Hand einiger aktenmäßiger Beispiele zu illustriren.

a.

Das vorliegende Sach- und Streitverhältniß ist in dem Thatbestande der angefochtenen Entscheidung, welche der Beklagte ihrem ganzen Umfange nach zum Vortrage gebracht hat, ausführlich dargelegt worden; es wird daher hiedurch auf denselben verwiesen.

In diesem Urtheile ist Beklagter verurtheilt worden. Er hat dagegen Berufung eingewendet mit dem Antrage, dasselbe wieder aufzuheben und den Kläger mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Prozeßkosten abzuweisen, wogegen von Letzterem die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt wird.

Bei der mündlichen Berufungsverhandlung hat Beklagter ferner — vor-

---

den Verhandlungen erster Instanz geschöpften — Sachstand vorauszuschicken und sodann zu sagen: im Uebrigen wird auf den Thatbestand des ersten Urtheils verwiesen. Nach den obigen Ausführungen im Texte würde ihm beizupflichten sein, wenn bei einer derartigen Abfassung des Thatbestandes wirklich ungelöste Widerspüche zwischen den Thatbeständen der beiden Instanzen hervortreten. Solche Mängel lagen bei den von v. Streich (Gruchot S. 254, 255) bezogenen Thatbeständen des Berufungsurtheils offenbar vor. Wenn aber Ausstellungen dieser Art vermieden werden, so ist gewiß kein Grund vorhanden, eine Redewendung des angegebenen Inhalts zu beanstanden. Ungenügend würde es dagegen sein, wenn z. B. dem Thatbestande des Berufungsurtheils nach Vorausschickung einer selbständigen Darstellung des Streitverhältnisses noch folgender Satz beigefügt werden wollte: „im Uebrigen wird auf die thatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urtheile und auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und der Sitzungsprotokolle in der Berufungsinstanz Bezug genommen." Vgl. Jurist. Wochenschrift 1883 S. 76 unter 9.

getragen, indem er unter Bezugnahme auf die Bestimmungen in §. — der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 behauptet ꝛc.

Kläger hat die Echtheit der vom Gegentheile in den Urschriften vorgelegten Schriftstücke — eines Briefes vom ꝛc. ꝛc. — nicht bestritten und auf Befragen Seiten des Gerichtes erklärt ꝛc.

b.

Das angefochtene Urtheil, welches die Kläger einschließlich des darin erwähnten Beschlusses vom 27. April 1882 und der weiter angezogenen Schriftstücke, — mit alleiniger Ausnahme des Briefes des Rechtsanwalts X. vom 14. April 1882 und der im Thatbestande am Schlusse des Abschnittes unter C bezeichneten Urkunde — in der Berufungsverhandlung zum Vortrage gebracht haben, ergiebt im Wesentlichen folgenden Sach- und Streitstand.

ꝛc. ꝛc.

Ueber Vorstehendes sind die Parteien allenthalben einverstanden.

In der mündlichen Verhandlung erster Instanz haben die Kläger vorgebracht:

ꝛc. ꝛc.

Seiten des Beklagten ist, unter dem Begehren der Zurückweisung der klägerischen Anträge, den vorstehenden Behauptungen widersprochen und geltend gemacht worden ꝛc. ꝛc.

Die Kläger haben diesen Anführungen widersprochen.

In Betreff alles dessen, was von den Parteien sonst noch in der erstinstanzlichen Verhandlung zur thatsächlichen Begründung und bez. zur Widerlegung ihrer Anträge vorgebracht worden ist, rücksichtlich der von denselben gestellten Beweisanträge sowie wegen des Inhaltes der von ihnen beigebrachten Dokumente wird auf den Thatbestand des angefochtenen Urtheils und die bei den Akten [12]) befindlichen Urkunden verwiesen.

Die vorige Instanz hat erkannt ꝛc. ꝛc.

Die Kläger haben dieses Urtheil mit der Berufung angefochten. Sie

[12]) Eine derart spezialisirte Bezugnahme auf gewisse Bestandtheile der öffentlichen Akten ist zweifelsohne zulässig. Unstatthaft würde es dagegen sein, einfach „auf die Akten Bezug zu nehmen“ (vgl. oben §. 7 in fine). Dies ist auch bereits wiederholt vom Reichsgericht ausgesprochen worden und folgt aus CPO. §§. 284, 505, welche nur die Bezugnahme auf Schriftsätze, Sitzungsprotokoll und Thatbestand der ersten Instanz, nicht aber die generelle Bezugnahme auf die „Akten“ als solche kennen. S. auch von Streich bei Gruchot S. 251 Anm. 7.

verlangen Beseitigung der mit den Worten: „vielleicht mit der Maßgabe“ beginnenden Schlußdisposition des Erkenntnisses.

Der Beklagte hat sich der gegnerischen Berufung mit dem Antrage angeschlossen: das angefochtene Urtheil aufzuheben, die einstweilige Verfügung der vorigen Instanz außer Kraft zu setzen und den Klägern die Kosten erster Instanz aufzuerlegen.

Beide Parteien haben wechselseitig Zurückweisung der gegnerischen Berufung beantragt und im Verhandlungstermine vom —, ohne in thatsächlicher Beziehung etwas Neues vorzubringen, ihre Anträge rechtlich zu begründen unternommen.

Dieselben erklärten sich darüber einverstanden, daß ꝛc.

Zum Nachweise der Vertreter der klagenden Firma und des beklagten Bankvereins sind vorgelegt worden ꝛc. ꝛc.

Diese Zeugnisse sind in der Verhandlung zur Verlesung gelangt.

c.

Die Parteien haben in der Berufungsverhandlung das angefochtene Urtheil nach seinen einzelnen Bestandtheilen nebst den darin angezogenen Schriftstücken und dem Zeugenvernehmungsprotokolle [13]) Bl. — der Landgerichtsakten Lit. — (oder der Vorakten) vorgetragen.

Aus dem Thatbestande dieses Urtheils, auf welchen im Uebrigen verwiesen wird, ist zum Verständnisse des Berufungsantrages folgendes hervorzuheben.

ꝛc. ꝛc.

Nach der Vernehmung des von beiden Theilen als Zeuge benannten Agenten X. hat die vorige Instanz den Beklagten dem Klagantrage gemäß verurtheilt, ihm auch die Kosten des Rechtsstreits auferlegt und das Urtheil gegen Sicherheitsleistung nach Höhe von — Mk. für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Mit der von ihm wider dieses Urtheil eingelegten Berufung verbindet Beklagter den Antrag auf Abweisung der Klage, wogegen vom Kläger die Verwerfung der Berufung verlangt worden ist.

Bei der Verhandlung über das Rechtsmittel beantragte Beklagter unter dem Hinweise darauf, daß die Zeugenaussage und Quittung des X. Unklarheiten enthalte, die nochmalige Vernehmung dieses Zeugen.

---

[13]) Der technische Ausdruck, welchen die CPO. (§§. 338 fg.) gebraucht, ist Zeugen*vernehmung*. In vielen Thatbeständen wird anstatt dessen der Ausdruck Zeugen*abhörung* gebraucht.

Der Kläger widersprach diesem Antrage und trug vor: den von ihm überreichten Schriftsatz vom — unter Eideszuschiebung über die darin behauptete, zwischen den Parteien in der Expedition des Rechtsanwalts M. am 16. November 1881 gepflogene Unterredung.

Der Anwalt des Beklagten bestritt das neuere Vorbringen des Gegners, lehnte aber Erklärung über die Eideszuschiebung unter Bezugnahme darauf ab, daß er, da das fragliche Anführen erst in der Berufungsverhandlung zu seiner Kenntnis gelangt sei, keine Gelegenheit gehabt habe, sich mit seinem Auftraggeber hierüber zu vernehmen.

d.

Nach den Vorträgen der Parteien in der Berufungsverhandlung, welche auf das angefochtene Urtheil [14]) und die in dessen Thatbestande angezogenen, in der Urschrift vorgelegten Urkunden — mit Ausnahme der Besitzstandsverzeichnisse — von dem Pachtvertrage vom 1. September 1882 auf die Bestimmungen der §§. 1, 4 und 9, sowie auf den Eingang der Recognitionsregistratur erstreckt worden sind, hat der ersten Instanz folgender Sach- und Streitstand vorgelegen.

2c.

Im angefochtenen Urtheile sind die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen und zur Tragung der Kosten verurtheilt worden.

Sie haben gegen dieselbe Berufung eingelegt mit dem Antrage 2c.

e.

Die Klage ist darauf gerichtet, daß der Beklagte eine Quantität Hafer von 114 Centnern, welche er, nach Angabe des Klägers am 16. Dezember 1882 von der schon damals von diesem allein innegehabten Firma X. durch Vermittelung des Agenten B. in A. gekauft haben soll und welche nach geschehener Weigerung des Beklagten, die Waare abzunehmen, für seine Rechnung vom Kläger dem Spediteur K. in A. auf Lager gegeben worden ist, an- und abnehme, dem Kläger die durch die Lagerung der Waare entstandenen Spesen von $1^1/_2$ Pf. pro Centner und Tag auf die Zeit vom 16. Sep-

[14]) Oder: — Urtheil seinem ganzen Inhalte nach, auf die Klagbeifugen II. IV. VI. Bl. — fg., ferner auf die im vorigen Thatbestande angezogenen Theile der Klagschrift, sowie die Aussagen der Bl. — vernommenen Zeugen und des Sachverständigen Bl. — sich erstreckt haben.

tember 1882 an gerechnet, ingleichen ein Transportgeld von 10 Pf. für den Centner, sowie ein Leihgeld von 1 Pf. pro Sack und Tag ab 1. Oktober 1882 an gerechnet vergüte, dem Kläger den vereinbarten Kaufpreis von 989 Mk. 20 Pf. sammt 6 % Verzugszinsen vom 17. September 1882 an bezahle und ihm die weiteren durch den Annahmeverzug erwachsenen und erwachsenden erweislichen Schäden ersetze.

Der Beklagte bestreitet den geklagten Anspruch, insbesondere leugnet er, daß es zum Abschlusse des behaupteten Kaufvertrages gekommen sei.

Wegen der Einzelheiten der hierauf bezüglichen Parteivorbringen und der dazu gestellten Beweisanträge sowie deren Erledigung wird auf den Thatbestand des angefochtenen Urtheils und auf den am 8. Januar 1883 verkündeten Beweisbeschluß (Bl. — der landgerichtlichen Akten) nebst den amtsgerichtlichen Protokollen vom 7. und 13. Februar 1883 (Bl. — f. u. Bl. — f.) über die in erster Instanz stattgefundenen Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmungen — welche sämmtliche Schriftstücke dem Berufungsgerichte vorgetragen worden sind — verwiesen.

Hiernächst hat der Kläger in erster Instanz — unter Vortragung des thatsächlichen Inhalts seines Schriftsatzes vom 9. März 1883 (Bl. — fg.), auf welchen hier gleichfalls Bezug genommen wird, und unter Anrufung des nachgenannten G—e als Zeugen dafür noch vorgebracht:

ꝛc. ꝛc.

Der Beklagte bezeichnet dieses Vorbringen, welches er bestreitet, als eine unzulässige Klagänderung.

Kläger macht dagegen geltend, daß dasselbe „nur replikatorischer Natur sei und mit der gegenwärtigen Klage in nothwendigem Zusammenhange stehe."

Das angefochtene Urtheil weist den Kläger mit der erhobenen Klage ab ꝛc.

In der Berufungsverhandlung stellt der Kläger, welcher die Urschrift des handelsregisterlichen Auszuges Bl. — vorlegt, zu seiner gegen das Urtheil eingewendeten Berufung den Antrag:

ꝛc.,

während Beklagter die Zurückweisung des Rechtsmittels begehrt.

Die Parteien tragen den Inhalt ihrer Schriftsätze vom 27. April 1883 (Bl. — f.) und vom 5. Mai 1883 (Bl. — f.), auf welche Bezug genommen wird, und unter Stellung ihrer darin angekündigten Beweisanträge vor, neben welchen sie die in voriger Instanz gestellten Beweisanträge wiederholen.

Kläger beantragt, daß die nach seinem Antrage noch vorzunehmenden Zeugenvernehmungen, insbesondere die von ihm gewünschte Gegenüberstellung der Zeugen X. und Y. vor dem Berufungsgerichte erfolge.

Der Beklagte widerspricht der auf den Schriftsatz des Gegners vom 5. Mai 1883 gegründeten Darstellung und der Zulässigkeit der neueren Beweisanträge desselben unter Hinweis auf dessen Anführungen in erster Instanz und die damaligen Beweisergebnisse; er verliest die von ihm vorgelegte Urschrift des Briefes B.'s an den Beklagten vom 25. September 1882 (Bl. —), welchen der Kläger als echt anerkennt.

f)

rc. rc.

Das bisher dargelegte Sach= und Streitverhältniß ergiebt sich aus dem Thatbestande des angefochtenen Urtheils, Bl. —, welches in allen seinen Bestandtheilen von dem Beklagten in der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte vorgetragen worden ist und aus den Bl. —f. protokollirten Zeugenaussagen, welche der Beklagte bei der nämlichen Verhandlung vorgelesen hat.

Auf diese schriftlichen Unterlagen wird Bezug genommen.

g)

Nach den Feststellungen des in der Berufungsinstanz seinem gesammten Bestande nach vorgetragenen Urtheils erster Instanz fordert Kläger von dem Beklagten, seinem Vater, zunächst die Herauszahlung seiner aus den Nachlässen seiner Mutter und einer Schwester der Letzteren ihm zugefallenen Erbtheils von 330 Mk. und 63 Mk. 71 Pf. nebst Verzugszinsen zu 5 % vom Tage der Klagzustellung — dem 16. Oktober 1882 — ab.

Diese Forderung hat der Beklagte als an sich begründet zugestanden.

Ferner beansprucht Kläger noch die Zahlung eines Betrages von 300 Mk. nebst gleichen Verzugszinsen auf Grund folgenden Vorbringens.

rc. rc.

Beklagter hat rc. geleugnet (bestritten) und den ihm hierüber zugeschobenen Eid angenommen.

Im Uebrigen hat er die thatsächlichen Behauptungen des Klägers eingeräumt, indessen bestritten', daß solche das vom Kläger geltend gemachte Rückforderungsrecht zu begründen geeignet seien.

Ferner hat Beklagter der Klage die Einrede entgegengesetzt, daß rc. rc.

Gegenüber dieser Einrede ist vom Kläger replicirt worden rc. (Aeußerung des Beklagten gegen Kläger).

Beklagter hat die eben erwähnte (replikatorische) Aeußerung verneint und den ihm darüber zugeschobenen Eid angenommen, unter der Behauptung, daß

Kläger selbst kurz nach — gegen den Gutsbesitzer X., den er hierfür als Zeuge benannte —, sich dahin ausgesprochen habe 2c. 2c.

Dagegen hat er zugegeben, daß 2c.

Das Urtheil erster Instanz weist den Kläger mit dem auf Rückerstattung von 300 Mk. gerichteten Anspruche unbedingt und mit dem Anspruche auf Auszahlung der beiden Eingangs bezeichneten Erbtheile Klägers an zusammen 393 Mk. 71 Pf. unter der Voraussetzung ab, daß Beklagter den über die oben angezogene Aeußerung 2c. von ihm angenommenen Eid leistet, legt auch dem Kläger unter dieser Voraussetzung die Prozeßkosten zur Last. Für den Fall der Nichtleistung des Eides verurtheilt dasselbe den Beklagten zur Bezahlung von 393 Mk. 71 Pf. nebst den geforderten Verzugszinsen und hebt die Prozeßkosten unter den Parteien auf.

Nach den Urtheilsgründen beruht die erkannte unbedingte Abweisung des einen Klagpunktes auf der Erwägung, daß 2c.

Der bedingten Entscheidung über den Anspruch des Klägers auf Auszahlung der bemerkten beiden Erbtheile liegt die Auffassung zum Grunde, daß 2c.

Beklagter hat gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt mit dem Antrage, die Klage ihrem ganzen Umfange nach unter Verurtheilung des Klägers zur Tragung der Prozeßkosten abzuweisen.

Zur Unterstützung dieses Antrages hat er angeführt, 2c. 2c.

Kläger schließt sich der Berufung an und stellt den Antrag: dem Beklagten neben dem bereits erkannten Eide noch den angenommenen Eid über die (bei der Gelegenheit abgegebene) Erklärung kumulativ aufzuerlegen, ingleichen bei dem die Rückforderung von 300 Mk. betreffenden, in der vorigen Entscheidung schlechterdings abgewiesenen Klagpunkte den Beklagten dem Klagantrage gemäß zu verurtheilen.

Zu dem ersteren Antrage ist von ihm bemerkt worden, daß 2c.

Für den zweiten Antrag hat er vorgebracht, daß 2c.

Im Uebrigen haben beide Theile wechselseitig die Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenpartei beantragt.

II.

Gegen die Thatbestände der Berufungsurtheile ist vom Reichsgerichte ausgestellt worden einestheils, daß eine neue selbständige Darstellung des Streitmaterials in zweiter Instanz unterlassen worden sei in Fällen, wo eine solche nach der Beschaffenheit des erstinstanzlichen Thatbestandes oder nach den Neuerungen in der Berufungsinstanz wünschenswerth gewesen wäre, ande=

rentheils, daß auch bei Abfassung des zweitinstanzlichen Thatbestandes nicht mit der nöthigen Umsicht und Sorgfalt im Verhältnisse zum Thatbestande der Prima zu Werke gegangen worden sei [15]).

Ein Blick auf die hierbei einschlagende Judikatur des gedachten Gerichtshofes, soweit dieselbe durch Druck bekannt geworden ist, zeigt insbesondere [16]) in folgenden Fällen Mängel des Thatbestandes:

a.

Der judex secundae hatte in seinem Urtheile zunächst auf den Thatbestand des vorigen Urtheils Bezug genommen und sodann, nach Wiedergabe der Anträge in der Berufungsinstanz, bemerkt:

„wegen des mündlichen Vorbringens der Parteien wird auf deren vorbereitende Schriftsätze, sowie auf das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 23. September 1881 Bezug genommen."

Der erste Richter hatte aber auch seinerseits im Thatbestande in Ansehung der Schädenberechnung auf die Klagschrift und in Ansehung der mitgetheilten Vertheidigung des Beklagten, „im Uebrigen" auf die „Klagbeantwortungsschrift" sich bezogen. — Diese Klagbeantwortungsschrift umfaßte außer der No. 15, welche die Entschädigung betrifft, 14 einzelne thatsächliche Momente und es ließ sich nicht erkennen, welche davon mündlich vorgetragen und von der Bezugnahme getroffen waren; denn in den gerichtlichen Protokollen (über die Verhandlung) war nur der „Vortrag des Streitverhältnisses" ohne nähere Angabe vermerkt. Hiernach wurde schon der Thatbestand erster Instanz vom Reichsgericht für unbrauchbar und zur Inbezugnahme ungeeignet bezeichnet, weiter aber ausgestellt die Ungewißheit darüber, welche vorbereitenden Schriftsätze der Berufungsrichter in Bezug genommen habe, ob nur die der zweiten oder auch die der ersten Instanz und ob von Letzteren nur, wie der erste Richter, die sogenannte „Klagschrift" und „Klagbeantwortungsschrift", oder auch die übergebene „Replik", welche außer Bestreitungen und Einräumungen noch neue Anführungen und neue Beweismittel enthielt. Die einschlagenden Sitzungsprotokolle ergaben, daß die Anwälte das „Sachverhältniß nach Maßgabe der Schriftsätze ihrer Parteien" vorgetragen hatten. Es konnte aber daraus nicht entnommen werden, ob unter diesen Schriftsätzen auch die erwähnte „Replik" mit gemeint sein sollte und ob die dar=

---

[15]) vgl. von Streich: bei Gruchot S. 254.

[16]) Zum Theil schlagen auch hier ein die oben in §. 3 S. 23 f. erwähnten Entscheidungen.

unter gemeinten Schriftsätze ihrem ganzen thatsächlichen Inhalte nach oder inwiefern nur theilweise zum mündlichen Vortrage gelangt waren [17]).

b)

In einem andern Falle hatte das Berufungsurtheil nicht die Sachdarstellung des ersten Richters in Bezug genommen, aber auch nicht selbst eine Darstellung der thatsächlichen Momente des mit der Widerklage geltend gemachten (— allein noch streitigen —) Anspruchs gegeben, sondern sich darauf beschränkt, Einreden des Widerbeklagten und eine hierauf bezügliche Entgegnung des Widerklägers vorzutragen. Angesichts dieser Sachlage fand das Reichsgericht bedenklich, anzunehmen, daß damit der Vortrag der Parteien in zweiter Instanz erschöpfend wiedergegeben worden sei, vielmehr sei angezeigt, die Lücke auf eine mangelhafte Darstellung oder ein Vergessen der Bezugnahme des für die erste Instanz gegebenen Thatbestandes zurückzuführen [18]).

c)

In dem Urtheile des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 24. Oktober 1881 [19]) ist folgendes ausgeführt:

„Die Bezugnahme des Berufungsrichters auf den Thatbestand des ersten Urtheils, dessen Darstellung nur auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug nimmt, sowie auf letztere selbst widerspricht den Vorschriften der Civilprozeßordnung §. 284, Abs. 1 No. 3 und Abs. 2, §§. 485 und 505, weil zwar bei, aber nicht anstatt der Darstellung des Thatbestandes die Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze gestattet ist, und dieser Mangel würde ohne weiteres zur Aufhebung des zweiten Urtheils führen, wenn nicht der Thatbestand wenigstens die beiderseitigen Anträge enthielte und bei der Begründung der Berufung und der dagegen erhobenen Einwendungen sämmtliche in den Schriftsätzen erster Instanz befindlichen Behauptungen reproducirt worden wären, wodurch der Formfehler sachlich gedeckt wird."

---

[17]) vgl. Gruchot: Beiträge ꝛc. Bd. XXVI S. 1165 f. Urtheil des IV. Civilsenats vom 26. Januar 1882.

[18]) Urtheil des fünften Civilsenats vom 8. März 1882 bei Gruchot a. a. O. S. 1163.

[19]) vgl. Gruchot a. a. O. S. 1164.

d)

In einem anderen Falle hatte der Berufungsrichter unter der Ueberschrift „Thatbestand" zunächst auf den Thatbestand des Urtheils erster Instanz Bezug genommen und demnächst die von beiden Theilen in der Berufungsinstanz gestellten Anträge mitgetheilt.

Sodann war wörtlich weiter gesagt:

> „Hinsichtlich des Parteivorbringens in dieser Instanz wird auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze verwiesen, welche die Anwälte der Parteien in der mündlichen Verhandlung vollständig wiederholt haben."

Schließlich war noch mitgetheilt, was bei der mündlichen Verhandlung anderweit erklärt worden ist.

Das Reichsgericht [20]) erachtete den Thatbestand des Berufungsurtheils als einen solchen, welcher den auf den richterlichen Thatbestand sich beziehenden Bestimmungen der Civilprozeßordnung nicht genüge. Es wird dabei besonders betont, daß, da im streitigen Falle ein zweimaliger Schriftenwechsel der Parteien (in vier vorbereitenden Schriftsätzen) stattgefunden habe, mit zahlreichen speziellen, durch Beweisvertretung unterstützten thatsächlichen Behauptungen, sich zuverlässig nicht behaupten lasse, daß die obige einfache Hinweisung auf den Inhalt der Schriftsätze eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf der Grundlage der mündlichen Parteivorträge enthalte. Gerade die Fassung des Schlußsatzes in Art. 284 („bei der Darstellung Fassung **nicht** ausgeschlossen") ergebe unverkennbar, daß es dem erkennenden Richter nur ausnahmsweise gestattet sein solle [21]), in einzelnen, bestimmt hervorzuhebenden Be-

---

[20]) Urtheil des IV. Civilsenats vom 30. Mai 1881 bei Gruchot Bd. XXVI S. 737. vgl. auch oben §. 2 bei No. 27.

[21]) vgl. auch oben bei Anm. 9. Abweichender M. ist auch hier wiederum **Bähr** a. a. O. S. 238 fg. Er beantwortet die Frage, wann der Berufungsrichter recht thue, auf den Thatbestand der vorigen Instanz Bezug zu nehmen, dahin: wenn er — der Richter — sich außer Stande findet, auf Grund des vor ihm mündlich Verhandelten einen besseren Thatbestand aufzustellen. Der Richter würde ja sonst den Thatbestand erster Instanz einfach abschreiben müssen. Es habe gewiß keine Berechtigung, zu behaupten, wegen der Worte in §. 505: es sei eine Bezugnahme auf das Urtheil voriger Instanz „nicht ausgeschlossen" dürfe eine solche Bezugnahme immer nur die Ausnahme bilden. Jene Worte seien nur aus der — völlig haltlosen, gleichwohl das ganze Gesetz durchdringenden — Annahme hervorgegangen, als ob die mündliche Verhandlung etwas ganz anderes sei, als der Inhalt der vorher gewechselten Schriften und die Verhandlung zweiter Instanz etwas ganz anderes, als die der ersten, während doch in der großen Mehrzahl der Fälle beide sachlich zusammenfielen. Diese Ansicht **Bähr's** ist freilich eine Konsequenz seiner Auffassung des Princips der

ziehungen, je nach der besonderen Lage des Falles, auf die Schriftsätze zu verweisen. Daß es dem erkennenden Richter aber freistehe, anstatt eines Thatbestandes sich lediglich auf den Inhalt der Schriften zu beziehen, sei weder aus §. 284, noch aus irgend einer andern Vorschrift der Civilprozeßordnung zu entnehmen [22]).

e.

In einem vom 10. April 1883 datirten Urtheile des zweiten Civilsenats des Reichsgerichts ist folgender Passus [23]) enthalten:

„das angefochtene Urtheil verweist bezüglich des Thatbestandes „zum größten Theile“, d. i. was die erste Instanz betrifft, auf das landgerichtliche Erkenntniß und fügt dann für die zweite Instanz eine selbstständige Darstellung hinzu. Damit ist aber gegen keine gesetzliche Vorschrift verstoßen worden.“

f.

In einem Berufungsurtheile hatte der zweite Richter auf den Thatbestand der ersten Instanz Bezug genommen, ohne in der von ihm gefertigten

---

Mündlichkeit, wie dasselbe in der Civilprozeßordnung zum Ausdrucke gekommen ist. Beizupflichten ist ihm allerdings darin, daß die Frage, ob die Bezugnahme auf den Thatbestand des ersten Richters die Minderzahl oder die Mehrzahl der Fälle bilden werde, lediglich davon abhängt, wie in den Vorinstanzen gearbeitet wird. Hat die Vorinstanz einen guten selbständigen Thatbestand geliefert, so bietet sich damit von selbst die Möglichkeit der Bezugnahme auf denselben in der Berufungsinstanz. Fehlt es dagegen an jener Voraussetzung und ist namentlich in dem angefochtenen Urtheile in unvollständiger und inkorrekter Weise auf die Schriftsätze in Bezug genommen, so ist der Berufungsrichter, um der Eventualität einer Kassation in der Revisionsinstanz vorzubeugen, genöthigt, unter Zuhilfenahme der Schriftsätze, deren Inhalt ihm vorgetragen werden muß, selbst eine Darstellung des Sach- und Streitstandes zu liefern. S. hierzu noch Rocholl a. a. O. S. 166.

[22]) In dem oben bei Anm. 20 referirten Falle kam noch außerdem in Betracht, daß der Berufungsrichter — in den Entscheidungsgründen seines Urtheils — „Alles, was sonst die Parteien noch in umständlicher Weise ꝛc. angeführt haben“ für unerheblich erklärt hatte, ohne daß der Thatbestand seines Urtheils („sein sogenannter Thatbestand,“ bemerkte das Reichsgericht) die Möglichkeit gab, diejenigen Parteianführungen zu erkennen, welche vom Berufungsrichter als unerheblich bezeichnet wurden. vgl. Gruchot a. a. O. S. 738.

[23]) Abgedruckt in der juristischen Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen (von Puchelt und Duy) Jahrg. VIII S. 195.

Darstellung des Thatbestandes die in der Berufungsinstanz gestellten Parteianträge anzuführen. Das Reichsgericht[24]) konnte hierin einen Fehler um so weniger erblicken, als die in der ersten Instanz gestellten Anträge in der Berufungsinstanz der Hauptsache nach nicht geändert waren (Beklagter hatte Abweisung der Klage und damit Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils verlangt, Kläger dagegen Bestätigung dieses Urtheils). Ueberdies aber habe — wurde weiter bemerkt — der Revisionskläger in keiner Weise behaupten können, daß er durch jenes Verfahren des Berufungsrichters irgendwie beschwert und in seiner Vertheidigung bez in seinem Angriffe wider die angefochtene Entscheidung beschränkt worden sei.

g.

Eine ungenügende Verweisung auf den Thatbestand des ersten Richters wurde angenommen[25]), als jener Thatbestand der Prima keine „gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grund der mündlichen Vorträge der Parteien unter Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens bei bestimmt gekennzeichneten Behelfen thätigte, sondern an einige dürftige Sätze eine allgemeine Bezugnahme auf den Inhalt von vier umfänglichen vorbereitenden Schriftsätzen anschloß." In diesen verknüpften Thatbeständen erster und zweiter Instanz sei keinerlei Grundlage gegeben für die Prüfung des Revisionsrichters, ob das Gesetz auf das Sachverhältniß, welches die Parteien vor dem Berufungsgerichte mündlich vorgetragen haben, richtig angewendet sei, weil der Inhalt dieses mündlichen Vortrages dem Revisionsgerichte durch den Inhalt des angegriffenen Urtheils (der Secunda) nicht vergegenwärtigt werde.

III.

Im Allgemeinen wird hiernach davon ausgegangen werden können, daß, obgleich nach §. 487 der CPO. der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen vor dem Berufungsgerichte neu verhandelt wird, das

---

[24]) Urtheil des IV. Civilsenats vom 16. September 1880 bei Fenner u. Mecke: II. Bd. No. 20 S. 31 fg. Vgl. noch oben §. 8 Anm. 21.

[25]) Urtheil des I. Civilsenats des RG. vom 14. Dez. 1881. Entsch. des RG. in Civilsachen Bd. VI No. 104 S. 350 fg. S. auch noch das oben §. 3 unter IV Anm. 31 angezogene Urtheil des I. Civilsenats vom 21. Mai 1881.

letztere zunächst immer nur den Thatbestand des Berufungsverfahrens als solchen in seinem Urtheile festzustellen und daß ihm dabei als Ausgangspunkt das erstinstanzliche Urtheil mit dem in diesem fixirten Thatbestande zu dienen hat. Ist ein solcher in gehöriger Weise vom ersten Richter aufgestellt worden, so genügt es regelmäßig, wenn das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf denselben nur feststellt, inwiefern die Parteien einfach dabei stehen geblieben oder inwiefern Abweichungen vorgekommen sind.

Ist dagegen der Thatbestand erster Instanz unvollständig oder aus sonstigen Gründen unbrauchbar, so ist das Berufungsgericht vor die Alternative gestellt, entweder selbst einen ganz neuen, das gesammte Sach- und Streitverhältniß darlegenden Thatbestand zu fertigen, oder auf Grund der Vorschrift in §. 501 CPO. das erstinstanzliche Urtheil aufzuheben und die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen, damit von dieser ein neues Urtheil mit gehörigem Thatbestande erlassen werde [26]).

---

[26]) vgl. auch oben Anm. 21. Ueberzeugend ist dies ausgeführt in dem Urtheile des Reichsgerichts — I. Civilsenat — vom 28. Mai 1881. (Entsch. Bd. IV No. 126 S. 431 f.). vgl. oben §. 2 No. 17 und §. 3 No. VI Anm. 33. Siehe dagegen Vierhaus bei Busch V S. 102. Allerdings ist, wie bereits oben (§. 3 S. 32 f.) bemerkt wurde, die Stellung des Berufungsgerichts eine andere, als diejenige, welche sich für das Reichsgericht, als Revisionsinstanz, aus §§. 524, 516 Z. 2 und 3 der CPO. ergiebt. Sicherlich ist aber das Berufungsgericht auf Grund der Vorschrift in §. 501 CPO. berechtigt, das mit einem mangelhaften Thatbestande versehene Urtheil erster Instanz aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuverweisen — wobei freilich zu erwägen bleibt, daß die letztere nicht gezwungen werden kann, einen guten — den Anforderungen des Gesetzes allenthalben entsprechenden — Thatbestand anzufertigen. In den meisten Fällen wird indessen der Berufungsrichter — einestheils um sich selbst vor dem Vorwurfe der Bequemlichkeit zu schützen, anderntheils im Interesse der Parteien, um denselben die Weiterungen und sonstigen Nachtheile, welche mit der Rückverweisung nothwendig verbunden sein würden, möglichst zu ersparen, es vorziehen, selbst einen das gesammte Streitverhältniß darlegenden Thatbestand aufzustellen. Denn ganz richtig hebt Bähr a. a. O. S. 241 (zunächst mit Bezugnahme auf die kassatorischen Urtheile des Reichsgerichts in derartigen Fällen) hervor, daß wenn solche Urtheile, die eines selbständigen Thatbestandes entbehren, aufgehoben werden, mit solchen Schlägen (zunächst) zwar die Vorinstanzen gemeint seien, in der That und Wirklichkeit aber damit die Parteien getroffen würden.

IV.

Aus dem vorstehend Bemerkten, insbesondere auch aus verschiedenen Andeutungen, welche in den bei II. referirten Entscheidungen zu finden sind, ergiebt sich zugleich die Wichtigkeit der Frage, wie in dem zweitinstanzlichen Thatbestande dasjenige aufgeführt werden soll, was von den Parteien in der Berufungsverhandlung über die Verhandlung erster Instanz vorgetragen wird, bez. was die Parteien in dieser Richtung vorzutragen haben.

Nach §. 488 CPO. haben bei der mündlichen Verhandlung die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urtheil sowie die dem Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrages hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen [27]).

In Verbindung damit stellt §. 487 CPO. den Grundsatz auf, daß vor dem Berufungsgerichte der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt wird.

Dies nöthigt die Parteien, in der mündlichen Berufungsverhandlung alles dasjenige vorzubringen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich und geeignet halten, gleichviel ob dasselbe Gegenstand der erstinstanzlichen Verhandlungen gewesen ist oder nicht. Danach ist jede Partei unzweifelhaft auch berechtigt, bei ihrem Vorbringen vor dem Berufungsgerichte von dem in erster Instanz Verhandelten alles dasjenige Vorbringen hinweg zu lassen, welches sie ihren Interessen entsprechend und zweckdienlich nicht weiter erachtet [28]), und es würde zunächst Sache des Gegners sein, unter Berufung auf den erstinstanzlichen Thatbestand, welcher in erster Linie Beweis dafür liefert, ob etwas in erster Instanz vorgebracht oder nicht vorgebracht wurde, den Vortrag des Prozeßgegners zu berichtigen und zu ergänzen.

---

[27]) Darüber, in welchem Umfange diese Pflicht des Vorsitzenden bez. des Gerichtes, einzutreten habe, insbesondere ob demselben eine vollständige Instruktionspflicht anzusinnen sei, bestehen Meinungsverschiedenheiten, deren Erörterung dem Zwecke gegenwärtiger Zeilen selbstverständlich fern liegt. Vgl. z. B. CPO. §§. 127, 130. Wallmann: jurist. Zeitung Jahrg. VI (1882) S. 127.

[28]) vgl. auch Möller a. a. O. S. 194.

Eine Bezugnahme des Berufungsurtheiles auf den Thatbestand des Urtheils erster Instanz ist somit auch nur insoweit zulässig, als letzterer in der Berufungsverhandlung mündlich vorgetragen, bez. unverändert vorgetragen wurde. Es darf das Berufungsgericht weder thatsächlichen Prozeßstoff, noch Beweisverhandlungen bei seiner Entscheidung berücksichtigen, wenn das einschlagende Aktenmaterial nicht durch den in der Berufungsverhandlung bewirkten Vortrag der Parteien zu seiner Kenntniß gelangt ist [29]).

In dieser Beziehung ist nun zwar der Satz vertheidigt worden, daß der gesammte in den Akten erster Instanz ruhende Prozeßstoff dem Berufungsrichter als offenkundig gelten müsse, auch wenn derselbe mündlich nicht vorgetragen worden sei, daß der Parteivortrag nur Informationszweck habe und daß vom Gerichte das ihm Offenkundige nicht ignorirt werden dürfe [30]).

Allein diese Auffassung wird weder von der Mehrzahl der übrigen Kommentatoren der Civilprozeßordnung und den Schriftstellern, welche sich hierüber ausgesprochen haben [31]), getheilt, noch hat sie die Billigung des Reichs-

---

[29]) Der tüchtige Rechtsanwalt richtet seinen Vortrag so ein, daß über den Zweck und Inhalt desselben das Richterkollegium von Vorn herein sich ein Bild zu schaffen im Stande ist. Zu billigen ist es namentlich, wenn die Anwälte sogleich beim Eintritte in die materielle Verhandlung proprio marte und ohne vorherige „Nachhülfe" Seiten des Vorsitzenden abzuwarten, auf dasjenige, was sie etwa Neues oder vom Thatbestande der Prima Abweichendes vorbringen, bez. was sie aus letzterem nicht wiederholen wollen, aufmerksam machen, und soweit in concreto nöthig oder zweckdienlich ist, durch Schriftsatz fixiren. Bei manchen Gerichten mag — wie aus der Andeutung Bähr's a. a. O. S. 229 Anm. * zu schließen ist — die Uebung herrschen, daß der Vorsitzende die Anwälte bei ihren mündlichen Vorträgen mannigfach leitet und korrigirt. Durch ein solches Verfahren, wo es nicht unbedingt nöthig ist, wird nicht allein eine Ausdehnung der ohnehin oft langwierigen Verhandlungen herbeigeführt, sondern auch der Zusammenhang derselben in störender Weise unterbrochen. Sollte sich am Schlusse des Vortrages herausstellen, daß der Anwalt, welcher sich für denselben vielleicht einen von der Methode des Vorsitzenden zwar abweichenden, indessen ebenso richtigen Ideengang gebildet hat, wesentliche Dinge vergessen oder verschwiegen habe, ohne hierunter von der Gegenpartei korrigirt worden zu sein, so ist es für den Vorsitzenden, bez. für die beisitzenden Richter immer noch an der Zeit, auf Nachholung des Versäumten entsprechend hinzuwirken.

[30]) vgl. Wach: Vorträge über die CPO. S. 184 und v. Wilmowski und Levy in der zweiten Ausgabe ihres Komm. Bem. 2 zu §. 288, während dieselben in der dritten Auflage ihres bezogenen Werkes die frühere Deduktion nicht aufgenommen haben (vgl. S. 598 Ed. III).

[31]) vgl. die literarischen Nachweisungen bei Vierhaus a. a. O. (Busch V) S. 100 Anm. 109, sowie Struckmann und Koch: 4. Aufl. zu §. 488 S. 524.

gerichts erfahren [32]), indem Letzteres aus dem in §§. 485, 487, 488, 246, 119 der CPO. für die erste Instanz, wie für die Berufungsinstanz gleichmäßig anerkannten Grundsatze der Mündlichkeit folgert, daß in der Berufungsinstanz die Berücksichtigung des thatsächlichen Parteivorbringens aus erster Instanz durch Wiederholung desselben in der mündlichen Berufungsverhandlung bedingt sei und daß die schriftliche Feststellung des Parteivorbringens in erster Instanz nicht geeignet sei, die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte zu ersetzen [33]).

---

[32]) vgl. Urtheil des Reichsgerichts, III. Civilsenat, vom 25. Januar 1881. Entsch. Bd. IV S. 368. Bähr a. a. O. S. 212 f. unter 8. Das an beiden Stellen mitgetheilte Erkenntniß scheint identisch zu sein mit der von v. Streich bei Gruchot S. 254 f. ohne Datumangabe referirten Entscheidung. Auch das von Wilmowski und Levy in Bem. 2 zu §. 488 Ed. III S. 598 angeführte Urtheil des RG. vom 26. Jan. 1881 aus Gruchot Bd. 25 S. 421 scheint identisch mit dem in Entsch. IV S. 368 No. 102 mitgetheilten Erk. vom 25. Jan. 1881 zu sein.

[33]) Zur näheren Begründung dieser Ansicht ist hierorts nur auf die in vorstehender Anm. angeführte Entscheidung selbst zu verweisen. Vgl. jedoch die Ausführungen v. Kräwel's bei Busch VI S. 182—187, in Gruchot's Beiträgen Bd. 26 S. 819 f. und in der Anleitung für die Referendarien (1882) S. 7 f., sowie Bähr's S. 228 f., insbesondere S. 230. Die oben bei Anm. 30 erwähnte Ansicht hat neuerdings von Seiten Rocholl's (a. a. O. S. 150—154 eingehende Vertheidigung gefunden. Derselbe kämpft gegen die Ansicht des Reichsgerichtes — welche zur Zeit in der Praxis auch die vorherrschende ist — in der Hoffnung an, daß die Theorie Wach's auch im Reichsgerichte selbst schließlich den Sieg davon tragen werde, zumal da der im obigen Urtheile des III. Civilsenats vom 25. Januar 1881 niedergelegten Auffassung des Reichsgerichts andere Entscheidungen desselben Gerichtshofes entgegenständen. Indessen dürfte aus den von Rocholl zur Begründung dieser Hoffung angeführten Entscheidungen des ersten Civilsenates (vgl. Entsch. Bd. IV S. 185, 418, 428, 431, V. 397, 403, II. 143, III. 64, 433) ein eigentlicher Widerspruch mit den im erstgedachten Urtheile entwickelten Grundsätzen über die Bedeutung des Princips der Mündlichkeit sich nicht ergeben. Vom Standpunkte der lex lata aus wird sich nicht deduciren lassen, daß der Thatbestand des angegriffenen Urtheils für die Berufungsinstanz als offenkundig gelten müsse und daher des Vortrages nicht bedürfe. Bei der entgegengesetzten Annahme würde ja das Richterkollegium dazu genöthigt werden, auch die Sitzungsprotokolle von Amtswegen durchzugehen und überhaupt alle früheren Erklärungen der Parteien zu berücksichtigen, während doch nach den Vorschriften der CPO. und nach der aus den Vorarbeiten ersichtlichen Absicht derselben die Richter in der Regel (vgl. jedoch nachstehende Anm. 34) nur das bei der mündlichen Verhandlung Gehörte berücksichtigen dürfen, so daß

Bei dieser strengeren Auffassung — also bei Festhaltung des Grundsatzes, daß in der Berufungsinstanz ebenmäßig nur das Berücksichtigung zu finden habe, was mündlich in derselben zum Vortrage gebracht worden ist [34]), — werden unter dem angefochtenen Urtheile, welches in der Berufungsinstanz vorgetragen werden soll, ohne Zweifel auch diejenigen Bestandtheile der Akten erster Instanz, insbesondere Schriftsätze, Urkunden und Protokolle ꝛc. mit ververstanden werden müssen, auf welche im Thatbestande des ersten Urtheils gemäß §. 284 Abs. 2 CPO. allgemein und ohne spezielle Wiedergabe des einschlagenden Inhalts dieser Schriftstücke Bezug genommen worden ist.

Unter den Beweisverhandlungen speziell, deren Vortrag nöthig ist, können, neben der Angabe der Beweismittel und des Produzenten, die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen, die Eideszuschiebungen und die Erklärungen des Gegners auf solche, die Urkunden über einseitige Erklärungen der Parteien, Verzichte, Statuten u. d. m. verstanden werden.

Es entsteht dabei die Frage, in welcher Weise der in der Berufungsinstanz bewirkte Vortrag *im Thatbestande derselben* zu erwähnen sei, welche Spezialitäten bei dieser Darstellung zu berücksichtigen seien?

Es ist nicht zu leugnen, daß eine detaillirte Aufführung mitunter zu Weitschweifigkeiten führen kann. So wird — in einem, dem Verf. gerade vorliegenden Falle — der Thatbestand eines Berufungsurtheiles eingeleitet mit folgenden Konstatirungen:

„Der Berufungskläger hat im Berufungsverhandlungstermine das angefochtene Urtheil — Entscheidungsformel, Thatbestand und Gründe —, die Klagbeantwortungsanlagen I. und II. Bl. —, den Beweisbeschluß Bl. —, die Aussagen der Zeugen Müller, Winkler und Gläser und der verwitweten Haas Bl. — bis Bl. — der erstinstanzlichen Akten, endlich aus den über die gerichtliche Regulirung des Nachlasses Karl August Gläser's unter Rep. V Lit K No. 31 ergangenen Akten Folgendes vorgetragen:

a. aus der Rechnung Bl. — bis Bl. — die Ueberschriften der Kap. 1 und 2 der Einnahmen und die berechneten Summen der hierin aufgeführten einzelnen Posten, sowie die Zusammenstellung der sämmtlichen Einnahmen, anlangend die Ausgaben, die Kap. 1 und 2 vollständig, vom Kap. 2 bis 6 je die Ueberschrift und die angegebene Summe der verzeichneten Einzelnsätze, außerdem aus

---

eine *mündliche Anführung durch die Partei* nöthig ist. Auf die Streitfrage selbst kann an diesem Orte nicht näher eingegangen werden.

[34]) Wegen der Ausnahme davon in Ehe-Sachen vgl. CPO. §. 581.

Kap. 5 die Posten 2 bis mit 5, aus Kap. 6 die Posten 1 bis mit 4 speziell, ferner den Gesammtbetrag der Ausgaben, den die Vergleichung der Einnahmen und Ausgaben enthaltenden Abschluß, sowie die angefügte Vermögensübersicht;

b. die Rechnung Bl. —, anlangend jedoch das Kap. 2 sowohl der Einnahmen als der Ausgaben, nur die Ueberschrift und die berechnete Summe der darin aufgeführten einzelnen Posten;

c. aus der Rechnung Bl. —, die Kap. 1 und 3 der Einnahmen sowie von Kap. 2 derselben die Ueberschrift und die Gesammtsumme der darin bemerkten Beträge, nicht minder die unter der Rubrik „Wiederholung" ersichtliche Zusammenstellung sämmtlicher Einnahmen, ferner von Kap. 1 und 2 der Ausgaben je die Ueberschrift und die angegebenen Summen der in denselben enthaltenen einzelnen Posten, jedoch unter spezieller Hervorhebung der vierten Post in Kap. 2, die Gesammtsumme der Ausgaben und die Vergleichung der Einnahmen und Ausgaben;

und zwar zu a. bis c. in der mittels rother Tinte bewirkten Feststellung der einzelnen Ansätze;

d. die Protokolle Bl. — und Bl. —.

Man nimmt auf den Inhalt der vorgedachten Aktentheile hierdurch Bezug."

Derartige Spezialitäten würden allerdings im Thatbestande des Berufungsurtheils dann konstatirt werden müssen, wenn entweder der erstinstanzliche Thatbestand keine klare Maße darüber giebt, daß der Vortrag derselben bereits bei der Verhandlung in erster Instanz erfolgt sei, oder wenn die betreffenden Einzelheiten erst in der Berufungsverhandlung geltend gemacht worden sind. Auch würde im letzteren Falle es z. B. nicht genügen, im Thatbestande des Berufungsurtheils im Allgemeinen nur soviel festzustellen, daß der Inhalt der Nachlaßakten „in den für die Entscheidung des Berufungsgerichts in Betracht kommenden Theilen" vorgetragen worden sei. Und es würde Bedenken finden müssen, bei einer solchen allgemeinen Konstatirung, wäre sie gleichwohl beliebt worden, ohne Weiteres aus §. 488 Abs. 2 CPO. die Vermuthung zu statuiren, daß der Vortrag ein vollständiger gewesen sei — praesumtio legalitatis — selbst nicht einmal soweit, daß alles dasjenige als vorgetragen zu betrachten wäre, was dann in den Gründen für die Entscheidung als maßgebend bezeichnet wird [35]).

---

[35]) Allerdings hat das Reichsgericht eine praesumtio legalitatis im obigen Sinne unter gewissen Voraussetzungen statuirt. In dem Urtheil des dritten

Ist dagegen der erstinstanzliche Thatbestand derart vollständig und erschöpfend, daß aus demselben deutlich hervorgeht, was Gegenstand des Partei-

---

Civilsenates vom 27. Dezember 1880 (vgl. Fenner und Mecke: Bd. II No. 88 S. 155 fg.) ist gesagt: wenn das Berufungsurtheil im Thatbestande, bez. in den Entscheidungsgründen ausdrücklich auf den „unangefochtenen Thatbestand des ersten Urtheils" Bezug nimmt, so muß mit Rücksicht hierauf davon ausgegangen werden, daß der Thatbestand der ersten Instanz nebst allen darin angezogenen schriftlichen Verhandlungen und Beweisangeboten auch dem Berufungsgerichte vorgetragen worden sei.

In einem anderen Urtheile (des fünften Civilsenats) vom 3. Juni 1882 (bei Gruchot: Bd. XXVI S. 1175 fg.) wurde der vom Revisionsbeklagten erhobene Einwand, daß die Gegenpartei auf ein selbständiges, in erster Instanz von ihr geltend gemachtes Vertheidigungsmittel in der Berufungsinstanz nicht zurückgekommen sei, als unzutreffend bezeichnet: „denn darin, daß das Berufungsgericht, statt einen eigenen Thatbestand zu geben, auf den Thatbestand des ersten Urtheils Bezug genommen habe, könne nur die Feststellung gefunden werden, daß die Parteien in der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte alles dasjenige vorgebracht haben, was als ihre Erklärung im Thatbestande des ersten Urtheils wiedergegeben ist."

In dem Urtheile des III. Civilsenats vom 25. Januar 1881 (Entsch. Bd. IV No. 102 S. 368 f.) ist gesagt: „Wenn der Revisionskläger zunächst geltend macht, der (fragliche) Einwand sei bei der Verhandlung in zweiter Instanz vorgebracht, und in dieser Beziehung hervorhebt, daß nach dem Thatbestande des Urtheils zweiter Instanz der Anwalt des Klägers den Inhalt des Urtheils erster Instanz vorgetragen und es daher einer erneuerten, ausdrücklichen Vorschützung des Einwandes von Seiten des Anwaltes des Beklagten nicht bedurft habe, so würde letzteres richtig sein, wenn seine erste Behauptung begründet wäre. Allein dieses ist nicht der Fall. Denn nach dem Thatbestande des Urtheils zweiter Instanz hat der Anwalt des Klägers den Inhalt des angefochtenen Urtheils erster Instanz mitgetheilt, „soweit er sich mit dem in der Klage behaupteten Kaufsabschluß beschäftigt," und es ergiebt sich aus dem Thatbestande nicht, daß von den Vertretern der Parteien die gesammten Verhandlungen erster Instanz zum Vortrage gebracht sind. Wenn auch im Eingange des Urtheils im Allgemeinen auf das Urtheil erster Instanz Bezug genommen wird, so muß doch bei der hervorgehobenen positiven Anführung als feststehend angesehen werden, daß in der Berufungsinstanz die rc. — (fragliche Einrede) nicht vorgebracht ist." S. auch Gruchot: Beiträge Bd. 25 S. 421.

In einem Urtheile des I. Civilsenats vom 23. Juni 1881 (Entsch. Bd. V No. 115 S. 403 fg.) heißt es: „Zwar hätte der vom Oberlandesgerichte an erster Stelle (für die Nichtbeachtung einer vom Beklagten in erster Instanz vorgebrachten Behauptung) angegebene Grund, falls die fragliche Behauptung des Beklagten überhaupt erheblich gewesen wäre, ihre Beiseitesetzung nicht gerecht-

vortrages in erster Instanz war, so wird der Berufungsrichter in der Lage sein, seine Konstatirungen im Betreff der in zweiter Instanz wiederholten Parteivorträge in kürzerer Weise zu bewirken, — (wie dies oben Seite 151 fg. an der Hand einzelner Beispiele zu zeigen versucht worden ist). Danach wird es in einfachen Fällen genügen, zu sagen:

„nach den Vorträgen der Parteien in der Berufungsverhandlung hat der ersten Instanz folgender Sach- und Streitstand vorgelegen."

---

fertigt. Dieser Grund besteht darin, daß der Beklagte in der Berufungsinstanz auf dieselbe nicht zurückgekommen sei. Da jedoch aus der Bezugnahme des Oberlandesgerichtes auf den Thatbestand des landgerichtlichen Urtheils zu schließen ist, daß der erhebliche Inhalt des letzteren, wie es auch nach §. 488 CPO. zu geschehen hatte, in der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz vorgetragen worden ist, so wäre, um ein Stück jenes Inhaltes von der Würdigung bei der Urtheilsfällung ausschließen zu dürfen, die positive Konstatirung erforderlich gewesen, daß die Partei die betreffende Behauptung nunmehr fallen lassen wolle."

Endlich enthält das Urtheil des I. Civilsenats vom 30. April 1881 (Entsch. Bd. IV No. 120 S. 418 fg.) folgenden hier einschlagenden Passus: „Obwohl die betreffende Behauptung nach dem Zeugnisse des Oberlandesgerichts in den Gründen zum Beschlusse vom — in der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz vom Kläger nicht ausdrücklich vorgetragen ist, so stand doch die Thatsache schon nach dem Inhalte des Thatbestandes des landgerichtlichen Urtheils fest und gehörte in dieser Form zu dem dem Oberlandesgerichte unterbreiteten Prozeßstoffe, da nach §. 488 CPO. dieser Thatbestand als solcher, soweit erheblich, dem Berufungsgerichte vorgetragen werden mußte, und nach dem Zeugnisse des Thatbestandes des angefochtenen Urtheils, welcher auf den Thatbestand des landgerichtlichen Urtheils Bezug nimmt, auch wirklich vorgetragen worden ist. Es ist nämlich in dem Thatbestande des Landgerichts bekundet, daß die Parteien den Inhalt ihrer Schriftsätze vorgetragen haben, folglich auch der Kläger den Inhalt der Klage, in welcher die (streitige) Behauptung, daß ꝛc. — vorkommt."

Kann nun hiernach zwar davon ausgegangen werden, daß der Berufungsrichter, indem er auf den Thatbestand des ersten Richters Bezug nimmt, dadurch denselben für vorgetragen erklärt, und würden somit alsdann die sämmtlichen darin erwähnten Behauptungen der Parteien, soweit sie thatsächlicher Natur sind, als vorgetragen gelten können, so sind doch bei einer solchen Fassung immerhin im einzelnen Falle Zweifel darüber nicht ausgeschlossen, ob der Vortrag auch wirklich auf alle im erstinstanzlichen Thatbestande angezogenen Schriftstücke zu beziehen sei. Es empfiehlt sich daher, eine diesbezügliche ausdrückliche Konstatirung dem Thatbestande des Berufungsurtheils einzuverleiben.

Läßt die Beschaffenheit der Sache im einzelnen Falle eine solche Generalisirung nicht zu, so würde zu sagen sein:

„es sei vorgetragen worden das vorige Urtheil (einschließlich etwaiger Vorentscheidungen nebst Gründen), eventuell die im Thatbestande desselben in Bezug genommenen Theile der Schriftsätze, deren Beilagen, die Bl. — protokollirten Aussagen der vom Kläger rc. benannten Zeugen und Sachverständigen, die Eideszuschiebung des Klägers oder der Parteien und die Erklärung des Gegners, die Urkunden, Verträge, Statuten rc. in den im vorigen Urtheil angezogenen Bestandtheilen."

V.

Es fragt sich weiter: wie hat im Thatbestande des Berufungsurtheils die Wiedergabe der Gründe der Prima zu erfolgen?

Man hat geltend gemacht: diese Wiedergabe liege überhaupt der Aufgabe fern, welche der Thatbestand zu erfüllen bestimmt ist, es genüge vielmehr, wenn die Entscheidungsgründe der Vorinstanz, soweit bei der rechtlichen Beurtheilung in der Berufungsinstanz darauf einzugehen ist, in den Entscheidungsgründen der letzteren erwähnt werden.

Allein dagegen kommt folgendes in Betracht.

Allerdings führt die Berufung nach dem Systeme der CPO. (§. 487) nicht sowohl nur zu einer rechtlichen Nachprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung auf Grund der der ersten Instanz unterbreitet gewesenen Thatsachen, vielmehr bildet die Berufungsinstanz eine — nur durch gewisse Schranken begrenzte — Erneuerung und Wiederholung des erstinstanzlichen Prozeßverfahrens vor einem anderen Richter. Das von dem Berufungsgerichte erlassene, die Entscheidung erster Instanz abändernde Urtheil beseitigt die frühere Entscheidung; es ist ein zweites in der betreffenden Streitsache ergehendes Urtheil, welches vermöge der dem Berufungsrichter gewährten formellen Füglichkeit, bei seiner Entscheidung auch den eben in der Berufungsinstanz neu hinzugekommenen materiellen Streitstoff zu berücksichtigen und über denselben mit zu entscheiden, anderweit den anhängigen Rechtsstreit zum Austrage bringt.

Allein es dürfte aus diesen, an sich unbestrittenen Sätzen nicht zu folgern sein, daß der Berufungsrichter bei Anfertigung seines Thatbestandes die Begründung des angefochtenen Urtheils einfach zu ignoriren habe; vielmehr bildet für ihn die Erwähnung der erstinstanzlichen Entscheidungsgründe einen Bestandtheil des Sach- und Streitstandes, den er darstellen soll — dies um so gewisser, als die Gründe des angefochtenen Urtheils in der großen

Mehrzahl der Fälle den Ausgangspunkt für die Angriffe, bez. die Rechtsvertheidigung der Parteien in der Berufungsinstanz bilden und die Aufnahme des hierauf bezüglichen Parteivorbringens in den Thatbestand des zweitinstanzlichen Urtheils ohne gleichzeitige Erwähnung der früheren Entscheidungsgründe, da sie durch nichts vermittelt erscheint, demjenigen, welcher den Thatbestand vortragen hört, nicht die erforderliche Klarheit verschafft, bez. den Leser nöthigen würde, ganz nach der früher üblichen Weise sich insoweit über den status causae et controversiae aus den Akten zu informiren, also die Urtheilsausfertigung einzusehen. Insbesondere würde in dem Falle, wenn —, wie nach Obigem, im Zweifel vorzuziehen und übrigens sowohl dem Wortlaute des Gesetzes (§. 505 CPO.), als auch den Prinzipien des mündlichen Verfahrens entsprechender ist —, in der Berufungsinstanz eine neue selbständige Darlegung des Sach- und Streitstandes erfolgt, die Skizzirung der Entscheidungsgründe nothwendig zur Aufgabe dieses Thatbestandes gerechnet werden müssen. In den Vordergrund tritt diese Erwägung zumal in den Fällen, in welchen der Berufungsrichter, anstatt besondere Entscheidungsgründe zu geben, eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des Vorderrichters eintreten läßt, was bekanntlich von der Judikatur des Reichsgerichts unter Umständen an sich für statthaft erachtet wird [36]. Soll diese Verweisung überhaupt verständlich sein, so müssen die Gründe der Vorinstanz entweder aus der Darstellung im zweitinstanzlichen Thatbestande erhellen, oder sie müssen, wenn dies unterbleibt, in den Gründen des Berufungsurtheils resumirt werden. Die letztere Modalität erfordert aber, der Natur der Sache nach, ein tieferes Eingehen, als die erstere, bei welcher nur eine kurze Skizze des betreffenden Aktenmatrials genügt. Denn die Wiedergabe der Entscheidungsgründe bei der Darstellung des Thatbestandes soll ja nicht darin bestehen, jene Gründe in extenso zu reproduciren; der Zweck, den sie erfüllen soll, ist die Aufstellung gewissermaßen eines Gerippes, die Vorführung der wichtigsten Entscheidungsmomente in möglichst knapper, gedrängter und logisch geordneter Form. Die Praxis des Reichsgerichts ist auch in dieser Richtung an beachtungswerthen Beispielen reich.

---

[36]) vgl. z. B. Entscheidungen des RG. in Civilsachen Band III No. 127 S. 433 f.; Bd. IV No. 123 S. 428 fg.).

§. 12.

Kollegiale Feststellung des Thatbestandes.

Nach §. 286 Abs. 1 CPO. ist das Urtheil von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Zu unterschreiben ist aber das vollständig abgefaßte, mit dem Thatbestande und den Entscheidungsgründen versehene Urtheil, nicht die nach §. 282 Abs. 1 etwa vor der vollständigen Niederschrift verkündete Urtheilsformel.

Beruht diese Vorschrift auf der Erwägung, daß die Richter durch ihre Unterschrift die Uebereinstimmung des Urtheils mit den bei dessen Berathung gefaßten Beschlüssen versichern sollen, so folgt hieraus zugleich die Nothwendigkeit, daß auch bei der Abfassung des Thatbestandes mit gewissen — durch die Natur der Sache selbst gebotenen — Beschränkungen, sämmtliche bei der Urtheilsfällung betheiligte Richter konkurriren müssen.

Im kollegialrichterlichen Verfahren — von welchem hier allein die Rede ist — wird der Thatbestand zwar zunächst von einem der mitwirkenden Richter angefertigt. Allein die Arbeit desselben muß der Prüfung des Kollegiums unterliegen und im Falle vorhandener Meinungsverschiedenheit, sie möge nun die formelle Seite oder den materiellen Inhalt betreffen, hat die Majorität zu entscheiden.

Es tritt hier ein recht bemerkbarer Unterschied zwischen dem früheren gemeinrechtlichen und dem neuen Verfahren hervor. Während in dem früheren, auf dem Prinzipe der Schriftlichkeit beruhenden Prozeßverfahren die Quelle, aus welcher der mit Anfertigung des Urtheils betraute Referent bei der Ausarbeitung desselben (im Wesentlichen waren dies die Entscheidungs*gründe*) zu schöpfen hatte, lediglich der Akteninhalt war und nur die Methode der Darstellung, die mehr oder minder geschickte, übersichtliche Gruppirung des Materials eine verschiedene sein konnte, hat gegenwärtig der Urtheilsverfasser seinen Stoff nicht aus dem bei den Akten befindlichen schriftlichen Materiale, sondern lediglich aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung und dem dabei gewonnenen Eindrucke zu entnehmen.

Es ist aber eine durchaus berechtigte Forderung, wenn verlangt wird[1]), daß nicht der individuelle Eindruck des Referenten oder auch das subjektive

---

[1]) vgl. *Möller* in Gruchot's Beiträgen Bd. XXVI (III. Folge VI. Jahrg.) S. 198 f.

Ermessen des Vorsitzenden, sondern der Eindruck, welchen das Richterkollegium durch die mündliche Verhandlung erhält, die Grundlage für den Thatbestand bilde, daß also gewissermaßen auch darüber berathen und abgestimmt werde, was in den Thatbestand aufgenommen und was nicht aufgenommen werden soll.

Freilich setzt eine solche Feststellung des Thatbestandes durch das Richterkollegium voraus, daß sämmtliche Mitglieder des Gerichtshofes gleich informirt in die Verhandlung eintreten; je weniger im einzelnen Falle diese Voraussetzung zutrifft, desto zeitraubender würde jene Feststellung sein.

Es ist zuzugeben, daß die CPO. nach dieser Richtung hin keine genügenden Garantien bietet. Sie erwähnt nicht einmal die Bestellung eines Berichterstatters; die Praxis der meisten deutschen Gerichtshöfe ist diesem offenbaren Mangel des Gesetzes durch Schaffung einer auch nach §. 199 des Gerichtsverfassungsgesetzes zulässigen Einrichtung abzuhelfen bemüht gewesen. Bei den meisten Kollegialgerichten, wenigstens bei denen höherer Ordnung, wird aus der Zahl der urtheilenden Richter ein Berichterstatter bestellt, welcher die Schriftsätze zu lesen und die etwaigen Lücken des mündlichen Vortrages in Gemeinschaft mit dem Vorsitzenden zu ergänzen und den übrigen Mitgliedern des Gerichts vor der mündlichen Verhandlung einen gedrängten status causae et controversiae mitzutheilen hat [2]).

Indessen bietet auch dieses Verfahren für sich allein keine absolut sichere Garantie dafür, daß auch die übrigen beisitzenden Richter gleich informirt in

---

[2]) vgl. hierüber Näheres in den Aufsätzen v. Kräwel's: „Erfahrungen im jetzigen deutschen Civilprozesse," in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. III S. 457 f., Bd. IV S. 249 f. Vielfach übernimmt den Vortrag im Richterkollegium auch der Vorsitzende selbst, so daß dann dem Berichterstatter in der Hauptsache nur die Fixirung des späteren Thatbestandes und der Entscheidungsgründe überlassen bleibt, wodurch freilich die Bedeutung jener Institution wesentlich herabgedrückt wird. Empfehlenswerth ist auch die nach dem Zeugnisse von Kräwel's (a. a. O. III. 458) beim Oberlandesgerichte Naumburg bestehende Einrichtung, wonach der Berichterstatter dem Vorsitzenden mit den Akten eine schriftliche Begründung der zu treffenden Entscheidung zugehen läßt. Freilich läßt sich eine solche Einrichtung überhaupt mit Erfolg nur da durchführen, wo die einzelnen Gerichtsmitglieder nicht mit Terminsarbeiten überhäuft sind.

Der weiter gemachte Vorschlag, daß in der Berufungsinstanz der Vortrag über das Sach= und Streitverhältniß erster Instanz nicht den Parteien, sondern unter deren Kontrole dem Berichterstatter im Kollegium übertragen werde (vgl. Rocholl in der Jur. Wochenschrift 1883 S. 152 Anm. 13), ist gewiß praktisch, mit den Vorschriften der CPO. und deren Grundprinzipien aber wohl kaum in Einklang zu bringen.

die mündliche Verhandlung eintreten. Als unmöglich kann die Erreichung dieses Zieles auch nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung nicht bezeichnet werden [3]). Je weniger aber diesem Bedürfnisse vielleicht bei einzelnen Gerichten genügt ist, desto dringender tritt die bereits angedeutete Nothwendigkeit der Mitwirkung des gesammten Richterkollegiums bei Gruppirung des Thatbestandes in den Vordergrund. Die Bedeutung, welche diese Kontrole des Urtheilsverfassers durch seine Kollegen hat, wird, wie es scheint, nicht immer gehörig gewürdigt. Insbesondere mußte es auffällig erscheinen, dieselbe von Seiten eines so angesehenen und mit den Verhältnissen in Kollegialbehörden durch frühere langjährige Uebung so vertrauten Praktikers, wie Bähr ist [4]), einer absprechenden Kritik unterzogen zu sehen. Wir können

[3]) Dies näher auszuführen ist hier nicht der Ort. Erwähnt zu werden verdient indessen der in dieser Beziehung von Möller a. a. O. S 199 gemachte Vorschlag. Danach soll, um die Mühewaltung, welche die Vorbereitung des Referenten für die mündliche Verhandlung erfordert, zu vermindern, nach Einlegung der Berufung jedes Mitglied des Gerichts außer dem Vorsitzenden, dem die Akten zugehen, eine Abschrift des Urtheils erster Instanz erhalten. Die Berufungsschrift und die später eingehenden Schriftsätze kursiren bei den Mitgliedern. Dadurch wird es möglich gemacht, daß sämmtliche Richter gleich informirt in die mündliche Verhandlung eintreten. Hier sind sie in der Lage, im Besitze der Urtheilsabschrift, auf welcher sie vielleicht kurze Bemerkungen über den Inhalt der eingegangenen Schriftsätze nachgetragen haben, während des Vortrages der Anwälte durch wenige Notizen oder Zeichen mit möglichster Sicherheit festzustellen, wie weit der erstinstanzliche Thatbestand und die neueren Schriftsätze vorgetragen, bez. welche Abweichungen oder Zusätze in der Verhandlung hervorgetreten sind. Bei einer derartigen Einrichtung werden nach dem Schlusse der Verhandlung wohl nur in seltenen Fällen und vielleicht nur bei sehr komplicirten Streitverhältnissen Zweifel über das der Entscheidung unterbreitete thatliche Material bei den Gerichtsmitgliedern vorhanden sein. Die Mühe, welche von den einzelnen Mitgliedern vor der Sitzung auf die Durchlesung des angefochtenen Urtheils und der Sätze zweiter Instanz zu verwenden wäre, würde an sich nur eine geringe sein und überdies vollständig ausgeglichen werden durch die größere Leichtigkeit, mit welcher die Richter — in Folge jener Vorbereitung — den Prozeßstoff in sich aufnehmen. Auch würde alsdann die Bestellung eines besonderen Referenten meistens unnöthig sein und weiter langathmige Debatten, von welchen außerdem, nach Schluß der Verhandlung, die Urtheilsberathung unter nochmaliger vollständiger Rekapitulirung des vorhandenen thatsächlichen Prozeßstoffes begleitet sein kann, unnöthig bez. wenigstens abgekürzt werden.

[4]) Derselbe („Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen") S. 223 sagt, um seine Behauptung zu motiviren, daß mit der Abfassung des Thatbestandes das Schicksal des ganzen Prozesses vielfach in die Hände eines einzelnen Mannes gegeben

seiner pessimistischen Anschauung, auf Grund eigener Erfahrung, nicht beipflichten. Auch hat seine Auffassung der bestehenden Verhältnisse bereits von anderer Seite Entgegnung gefunden [5]). Der deutsche Richter ist von dem Bewußtsein und dem Bestreben durchdrungen, die ihm vom Gesetze zugewiesene Pflicht allseitig zu erfüllen, wenn er auch im einzelnen Falle mit Mängeln oder Lücken des letzteren zu kämpfen haben sollte. Freilich muß für die gegenseitigen Beziehungen des Richterkollegiums unter einander immer

---

sei, ohne Kontrole, ohne Rechtsmittel und daß auch durch das Kollegium keine genügende Kontrole gebildet werde, folgendes: „Ach! wenn man doch nur wüßte, wie es in Kollegien hergeht! Schon die Entscheidungsgründe, die doch noch einiges Interesse gewähren, sind in der Regel das ausschließliche Werk des Referenten. Höchstens, daß der Vorsitzende diesen oder jenen Ausdruck darin berichtigt. Es fehlt zunächst in den Kollegien an Zeit zu einer genaueren Prüfung, zumal bei der üblich gewordenen Ausführlichkeit der Urtheile. Aber es fehlt auch öfters das Interesse und der kollegialische Sinn. Manche Richter halten es für eine persönliche Kränkung, wenn an ihrer Fassung irgend etwas beanstandet wird. Wo mehrere dieser Art in einem Kolleg vereinigt sind, gelangen sie wohl auch stillschweigend zu einer Art Versicherung auf Gegenseitigkeit, dergestalt, daß alle Abänderungsanträge abgelehnt werden. Nun denke man sich gar den Thatbestand als den Entscheidungsgründen noch hinzukommend, und man wird sich eine Vorstellung davon machen können, mit welchem Maße von Interesse und Aufmerksamkeit die Kollegen bemüht sein werden, die Darstellung des Urtheilsverfassers einer Kontrole zu unterwerfen. Die Kontrole ist in der großen Mehrzahl der Fälle thatsächlich gleich null."

[5]) vgl. Rocholl a. a. O. S. 169. Er hebt hervor, daß die abgesetzten Urtheile, und insbesondere die in ihnen enthaltenen Thatbestände zunächst basiren auf einer sehr scharfen Kontrole des Berichterstatters beim mündlichen Vortrage mit dem Stifte in der Hand über dasjenige, was konform oder abweichend nach den Schriftsätzen und den Beweishandlungen einer etwaigen Vorinstanz mündlich vorgetragen worden ist. Dann aber unterziehe der Vorsitzende dieselben einer sorgfältigen Nachprüfung und führe durch Rücksprache mit dem Urtheilsverfasser oder eventuell Vortrag im Kollegio die etwa nöthige Vervollständigung und Berichtigung herbei. Endlich sei es keineswegs als Regel zu betrachten, daß die übrigen Mitglieder blindlings das Urtheil unterschreiben, vielmehr komme es oft genug vor, daß von Seiten der Mitglieder Bedenken erhoben werden. — Nur muß freilich in letzterem Punkte das gehörige Maß eingehalten werden. Es giebt Richter, welche ausnehmend gern disputiren und, obschon sie mit ihrer Ansicht in der Minorität blieben, doch immer von Neuem gegen die Majorität anzukämpfen suchen. In solchen Fällen ist es, liegt einmal ein Majoritätsconclusum vor, und können neue Gründe dagegen nicht vorgebracht werden, Pflicht des die Debatte leitenden Vorsitzenden, die weitere Diskussion über den feststehenden Punkt abzuschneiden.

daran festgehalten werden, daß die Rechte und Pflichten der Einzelnen gleich sind. So wenig die beisitzenden Richter prinzipielle Opposition gegen den Vorsitzenden ihres Kollegiums erheben, bez. demselben seine ohnehin vielfach nicht geringe Mühwaltung bei Leitung der Verhandlung durch unnöthiges „Hereinreden" erschweren werden, so wenig wird auch der objektiv seine Stellung erfassende Gerichtsvorsitzende die nach Obigem gebotene Mitwirkung seiner Kollegen bei der Darstellung des Thatbestandes durch Eigenmächtigkeiten seinerseits illusorisch machen wollen. Beifall verdient in dieser Richtung die hie und da bestehende Uebung, wonach das vom Berichterstatter ausgefertigte Urtheil unter den betheiligten Mitgliedern des Gerichtshofes vor der Verkündung in Zirkulation gesetzt wird.

Anhang,

enthaltend Thatbestandsformulare.

I. Endurtheile erster Instanz.

1.

Carl Friedrich M., Eigenthümer des in L. in der N.straße unter Nr.— gelegenen, auf Fol. — des Grund- und Hypothekenbuchs für — eingetragenen Hausgrundstückes, vermiethete am 28. Oktober 1879 der Beklagten eine in der ersten Etage dieses Hauses gelegene Wohnung auf die Zeit vom 1. April 1880 bis ebendahin 1883 gegen einen, vierteljährlich im Voraus zahlbaren Jahresmiethzins von 1300 Mark. Die Beklagte hat diese Wohnung am 1. April 1880 übergeben erhalten und bezogen. Im Januar 1880 wurde auf Grund eines mit M. geschlossenen Kaufvertrags Wilhelm B., — der gleichzeitig in alle Miethverträge seines Verkäufers eintrat und von Letzterem sämmtliche bezüglichen Rechte und Ansprüche abgetreten erhielt und übernahm, — als Besitzer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. B. theilte sofort der Beklagten mit, er habe ihren Miethvertrag übernommen und werde ihn mit ihr fortsetzen, wobei die Beklagte sich gegen ihn hiermit einverstanden erklärte. Sodann veräußerte B. das Grundstück am 8. Juli 1881 an den dermaligen Kläger weiter. Auch dieser trat in alle Miethkontrakte seines Rechtsvorgängers durch Vertrag mit diesem ein, wobei er dessen Ansprüche und Rechte daraus von demselben gleichfalls abgetreten erhielt und übernahm. Nachdem er am 23. Juli 1881 als Besitzer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen worden, erklärte er der Beklagten gegenüber im Juli oder August 1881 mündlich ausdrücklich, er habe ihren Miethvertrag übernommen und werde ihn mit ihr fortsetzen, es solle keine Aenderung in dem Miethverhältniß eintreten. Welche Antwort ihm die Beklagte bei dieser Verhandlung gegeben, ist bestritten. (Vergl. unten.) Mittels Briefes vom 30. September 1881 aber hat die Beklagte dem Kläger eröffnet, daß sie die Wohnung am 1. April

1882 verlassen werde. Sie ist denn auch, trotzdem, daß ihr der Kläger damals geantwortet, er nehme diese Kündigung nicht an und beharre auf der vollen Kontraktsdauer, vor Ende März 1882 aus der Wohnung ausgezogen und hat dem Kläger unterm 24. März 1882 die sämmtlichen Schlüssel derselben mit dem Bemerken übersendet, die Wohnung stehe nunmehr zu seiner Verfügung. Der Kläger hat die Schlüssel behalten und gegen deren Abgabe Widerspruch nicht erhoben.

Der Kläger fordert mit der Behauptung, die Beklagte sei zum Aushalten des Miethvertrages verpflichtet gewesen, die Verurtheilung derselben zur Zahlung des am 1. April 1882 fällig gewordenen Vierteljahreszinses von 325 Mark sammt Zinsen zu 5 vom Hundert von ebenda an gerechnet.

Klagbegründend hat er noch angeführt, die Beklagte habe ihm auf seine im Juli oder August 1881 ihr gemachte Mittheilung von der Erwerbung des Grundstücks und von der Uebernahme ihres Miethvertrages ihr bezügliches Einverständniß mit dem Hinzufügen erklärt: „sie sei recht froh, es gefalle ihr ausgezeichnet in der Wohnung, sie werde nicht ausziehen."

Dem entgegen hat die Beklagte Klagabweisung beantragt und, unter Hinweis auf das in der widerspruchslosen Annahme der Schlüssel zu erblickende Einverständniß des Klägers mit der Aufhebung des Miethvertrages behauptet, daß sie bei der Unterredung im Juli oder August 1881 dem sich ihr als neuen Besitzer vorstellenden Kläger nur erklärt habe, „es sei doch gräßlich, daß das Grundstück immer wieder verkauft werde."

Ueber den Inhalt jener Verhandlung haben sich die Parteien beiderseits den Eid zugeschoben und denselben wechselseitig angenommen.

2.

In der zweiten Hälfte des Monats August 1881 trat der Kläger mit dem Beklagten wegen Ankaufs des dem Letztern gehörigen in L. gelegenen Schneidemühlen- und Feldgrundstückes in Unterhandlung und erklärte sich hiebei der Beklagte bereit, das gedachte Grundstück dem Kläger und einem gewissen Christian August Dressel, der ihm vom Kläger als Mitkäufer bezeichnet worden war, für 46,000 Mk. käuflich zu überlassen.

Auch wurde unter den Parteien verabredet, daß 1000 Mk. sofort und 5000 Mk. $1\frac{1}{2}$ Monate später angezahlt werden sollten.

Bei den Kaufsverhandlungen hatte der Kläger dem Beklagten mitgetheilt, daß er selbst das Geld nicht besitze, um die anzuzahlende Summe zu leisten, daß er aber einen reichen Onkel habe, welcher das Geld hergeben wolle und möglicherweise den ganzen Kaufpreis bezahlen werde.

Am 27. August 1881 überreichte der Kläger dem Beklagten eine von ihm über den beabsichtigten Kauf aufgesetzte, mit seiner und Dressel's Unterschrift versehene Vertrags-Urkunde zur Mitvollziehung.

Inhalts dieser Urkunde, — welche den Akten in Urschrift beiliegt und in der mündlichen Verhandlung zum Vortrag gelangte, verkauft Beklagter an den Kläger und Dressel das eingangsgedachte Grundstück für den Kaufpreis von 53,000 Mark, quittirt über eine am 27. August 1881 bei der Uebergabe des Grundstückes baar gezahlte Summe von 8000 Mark und läßt 40,000 Mark ein Jahr unkündbar gegen 5 % Zinsen auf dem Grundstücke stehen, während Käufer sich verpflichten, am 31. Oktober 1881 5000 Mark an dem Beklagten zu zahlen.

Der Beklagte lehnte jedoch die von ihm geforderte Unterschrift ab, weil nach Inhalt der Urkunde der Betrag von 53,000 Mark, anstatt der in Wirklichkeit vereinbarten 46,000 Mark als Kaufpreis angegeben werden solle, weil ferner die Urkunde eine Quittung über eine angeblich baare Zahlung von 8000 Mark enthalte, während eine Anzahlung von nur 1000 Mark erfolgen solle und weil endlich der Vertrag nähere Bestimmungen über die Termine, an welchen die Zinsen für den Kaufgeld-Rest von 40,000 Mark zu zahlen seien, wie auch der Aufnahme der kassatorischen Klausel entbehre.

Der Kläger erklärte sich damit einverstanden, daß eine neue Urkunde aufgesetzt werde, welche den so eben vom Beklagten gemachten Anforderungen entspreche, sowie den wirklich gewollten Vertragsbestand zum Ausdruck bringe und daß sich der Beklagte selbst der Abfassung dieser Urkunde unterziehe.

Am nämlichen Tage zahlte der Kläger in der Erwartung, daß der Kaufvertrag zu Stande kommen werde, an den Beklagten die gleich Anfangs zugesagten 1000 Mark aus und begaben sich die Parteien hierauf nach L., wo der Beklagte den Kläger dem dortigen Ortsrichter gegenüber als Käufer seines Gutes vorstellte.

Der Kaufvertrag kam jedoch unter den Parteien nicht zum Abschluß und unterließ auch Beklagter die zugesagte Auffsetzung einer neuen Vertragsurkunde.

Kläger hat nun gegenwärtige Klage mit dem Antrage erhoben, den Beklagten zur Rückgewähr der angezahlten 1000 Mark s. Anh. zu verurtheilen und zur Begründurg dieses Antrags folgendes angeführt:

A) Schon vor dem 27. August 1881 sei er — Kläger — mit dem Beklagten dahin übereingekommen, daß in die über den Kaufvertrag aufzusetzende Urkunde anstatt des wirklich vereinbarten Kaufpreises von 46000 Mark der Betrag von 53,000 Mark als Kaufpreis eingesetzt werden solle. Er — Kläger — habe dies gewünscht, um für den Fall der von ihm beabsichtigten Weiterveräußerung den höhern Werth, welchen er dem Grundstücke inzwischen

durch Meliorationen habe geben wollen, von dem Käufer leichter erlangen zu können.

Der Ausgleich zwischen der wirklichen Kaufsumme und der fingirten habe dadurch herbeigeführt werden sollen, daß Beklagter statt über an ihm in Wirklichkeit zu zahlende 1000 Mark, über eine Anzahlung von 8000 Mark Quittung leiste.

B) Die am 27. August 1881 erfolgte Auszahlung von 1000 Mark an den Beklagten sei von ihm, Klägerm, mit dem Bemerken bewirkt worden: es solle dies die erste Rate der anzuzahlenden Kaufsumme sein.

C) Beklagter habe auch das Geld als Anzahlung in Empfang genommen und in der darüber aufgestellten Quittung über diese Zahlung, als über eine auf den Kaufpreis für das fragliche Grundstück geleistete Anzahlung quittirt.

D) Der Beklagte habe verlangt, daß in der Kaufvertragsurkunde die 1000 Mark als Conventionalstrafe bezeichnet würden, welche dann verfallen solle, wenn Kläger die weitere Anzahlung von 5000 Mark nicht leiste.

E) Der Kaufvertrag sei um deswillen nicht zu Stande gekommen, weil Beklagter mit ganz neuen Bedingungen hervorgetreten sei.

Insbesondere habe derselbe statt der ursprünglich vereinbarten 6000 Mark Anzahlung, nach dem 27. August 1881 eine solche in Höhe von 10,000 Mark von ihm verlangt.

Darauf hin habe er — Kläger — dem Beklagten unter dem 10. November 1881 brieflich mitgetheilt, daß er diese 10,000 Mark zu zahlen nicht im Stande sei, und daß daher aus dem Kaufe nichts werden könne.

F) Eines Sonntags im November 1881 habe er — Kläger — sich mit dem Agenten J. aus G. und Karl Schneider aus R. zu dem Beklagten nach P. begeben und sei er hier mit dem Letzteren dahin übereingekommen, daß vom Abschluß des Kaufs abgesehen werden solle. Beklagter habe damals auch unter seiner, Klägers, Annahme anerkannt, daß er zur Rückzahlung der 1000 Mark verpflichtet sei und die Rückzahlung dieser Summe versprochen.

G) Im Februar 1882 sei obgenannter J. in seinem, Klägers, Auftrage nochmals zu dem Beklagten gereist und habe den Letzteren wiederum zur Zahlung der 1000 Mark aufgefordert.

Auch bei dieser Gelegenheit habe Beklagter seine Zahlungspflicht ausdrücklich anerkannt.

H) In der ersten Hälfte des Jahres 1882 seien die Verhandlungen zwischen ihm, Klägerm, und dem Beklagten wegen des Grundstückskaufs von Neuem aufgenommen worden. Er — Kläger — habe nämlich Aussicht gehabt, die von dem Beklagten geforderte Anzahlung von 10,000 Mark leisten zu können. Beklagter habe sich aber schließlich geweigert, den Vertrag mit ihm

abzuschließen und erklärt: „er, Kläger, könne ihm die 10,000 Mark heute bringen, es würde doch aus dem Kaufe Nichts werden".

Seitens des Beklagten ist Klagabweisung beantragt, das Anführen Klägers unter A—H in Abrede gestellt und hierzu Nachstehendes bemerkt worden:

1. Eine Einigung darüber, daß eine fingirte Kaufpreissumme in die Vertragsurkunde aufgenommen werden solle, sei zwischen ihm und dem Kläger niemals getroffen worden. Letzterer habe ihm nur einen diesbezüglichen Vorschlag gemacht, den er — Beklagter — eben mit dem Bemerken abgelehnt habe, daß er zu einer solchen Manipulation seine Hand nicht biete.

2. Die vom Kläger am 27. August 1881 an ihn, Beklagten, gezahlten 1000 Mark habe er als Angeld und Reugeld, nicht schlechthin in Abschlag auf die Kaufsumme erhalten und angenommen.

3. Daß auch Kläger diese 1000 Mark als Reugeld angesehen habe, gehe daraus hervor, daß derselbe bei der oben erwähnten Fahrt nach L. ihm, dem Beklagten, gegenüber ausdrücklich erklärt habe: er werde doch die gezahlten 1000 Mark nicht im Stiche lassen, und durch diese Aeußerung die Bedenken zu beschwichtigen gesucht habe, die ihm, Beklagten, gegen die beabsichtigte Vorstellung Klägers als Käufers aufgestoßen seien.

4. Ueberdies habe Kläger auch schon in einem an ihn, Beklagten, gerichteten Briefe vom 12. August 1881, in welchem ihn vom Kläger mitgetheilt worden sei, daß er 1000 Mark sofort und 5000 Mark in $1^1/_2$ Monaten anzuzahlen beabsichtige, sich beschieden, daß er, Kläger, der 1000 Mark verlustig sein würde, wenn er den Kauf nicht halte.

— Beklagter hat den betreffenden Brief nach dessen Vorlesung und nachdem er vom Kläger anerkannt worden war, zu den Akten überreicht. —

5. Richtig sei es, daß er — Beklagter — dem Kläger über die Zahlung der 1000 Mark eine Quittung ausgestellt habe, unrichtig aber, daß in derselben die Zahlung als eine auf den Kaufpreis für das fragliche Grundstück geleistete Anzahlung bewirkt worden sei.

6. Die von ihm, Beklagten, übernommene Abfassung einer neuen Vertragsurkunde sei unterblieben, weil er ermittelt habe, daß der vom Kläger als Mitkäufer zugezogene Dressel ein armer Taglöhner, keineswegs ein „reicher Onkel" Klägers sei, als welcher der Letztere denselben ihm, dem Beklagten, gegenüber bezeichnet gehabt habe.

7. Dressel habe sogar davon, daß ihn Kläger als Mitkäufer aufgeführt, gar nichts gewußt und sei die unter dem Vertragsentwurfe vom 27. August 1881 befindliche Unterschrift ohne Wissen und Willen desselben bewirkt worden.

8. Er — Beklagter — habe, nachdem er dies in Erfahrung gebracht, beansprucht, daß an Stelle Dressel's eine andere Person als Mitkäufer ein=

trete oder daß Kläger eine Anzahlung von 10,000 Mark leiste. Letzterer habe ihm darauf erklärt, daß er dazu außer Stande sei und daher aus dem Kaufe nichts werden könne.

9. Allerdings sei Kläger im November 1881 mit J. und Karl Schneider bei ihm, Beklagten, gewesen, es sei jedoch damals zwischen ihm und dem Kläger nicht verabredet worden, daß vom Abschluß des Kaufes abgesehen werden solle, vielmehr habe er, Beklagter, sich nur dahin geäußert, daß von Abschluß des Kaufes so lange keine Rede sein könne, als Kläger kein Geld (nämlich die erforderliche Anzahlung von 5000 Mark) zu beschaffen vermöge. Er — Beklagter — habe dann noch hinzugefügt: „Ich kann Euch nicht zwingen, einen Geldmann herbeizuschaffen, aber anders wird es nicht, ihr müßt Gelder herbeiziehen oder eine höhere Anzahlung leisten".

10. Richtig sei es, daß Kläger ihn, Beklagten, bei der gedachten Gelegenheit auch zur Rückzahlung der 1000 Mark aufgefordert habe. Darauf habe er, Beklagter, entgegnet: „wenn ich Ihnen was gebe, so gebe ich es Ihnen aus freien Stücken, zu fordern haben Sie nichts. Ich will mich nicht bereichern, aber ehe ich die Mühle verkauft habe, gebe ich Ihnen nichts; Sie müssen noch beim Verkaufe interessirt sein".

11. Zugeben müsse er, Beklagter, daß J. später noch einmal bei ihm gewesen sei. Er — Beklagter — habe jedoch auch damals sich nicht zur Rückzahlung der 1000 Mark verpflichtet oder eine solche Verpflichtung anerkannt.

12. Nicht zu Anfang, sondern gegen Ende des Jahres 1882 sei er — Beklagter — mit dem Kläger nochmals in Kaufsverhandlungen getreten. Dieselben seien resultatlos gewesen, weil Kläger die zur Erfüllung der Anzahlung von 6000 Mark erforderlichen 5000 Mark nicht zu beschaffen vermocht habe.

13. Daß übrigens Kläger vor Anstellung der Klage davon überzeugt gewesen sei, daß ihm ein Recht auf Rückforderung der 1000 Mark nicht zustehe, beweie der Inhalt seiner an ihn, Beklagten, geschriebenen Briefe vom 10. November und 6. December 1881, in welchen er, Kläger, um Rückgabe der 1000 Mark nur *bitte*, solche aber nicht *fordere*.

— Beklagter hat die beiden Briefe, welche vom Kläger gleichfalls anerkannt worden sind, nach deren Vorlesung zu den Akten überreicht. —

Kläger hat das Vorbringen des Beklagten zu 1—3., 5, 7—13 in Abrede gestellt, zu 13. jedoch den Inhalt der dort angezogenen beiden Briefe eingeräumt und im Uebrigen noch geltend gemacht, daß der Mitunterzeichner des Vertragsentwurfs „Dressel" allerdings kein reicher Verwandter von ihm sei, daß aber er, Kläger, ihn, dem Beklagten gegenüber auch nicht als solchen bezeichnet habe.

Der zahlungsfähige Verwandte, von welchem er — Kläger — bei den Kaufsverhandlungen gesprochen habe, sei sein Onkel Eduard N. in P.

Beklagter ist dem gegenüber bei seinen Behauptungen stehen geblieben, hat aber als möglich zugegeben, daß er bei den im Jahre 1882 wieder aufgenommenen Verhandlungen zu dem Kläger gesagt habe: er, Kläger, könne ihm die 10,000 Mark heute bringen, es werde doch aus dem Kaufe nichts werden.

Als Grund für diese Sinnesänderung hat Beklagter angeführt, daß er selbst den Werth des Grundstücks durch Meliorationen in der Zwischenzeit erhöht gehabt habe.

Schließlich hat Beklagter noch erklärt, er würde auch bei der Verhandlung im November 1881 auf den Kaufsabschluß eingegangen sein, wenn ihm vom Kläger die 5000 Mark Anzahlung geleistet worden wären und sei auch jetzt bereit, das fragliche Grundstück an den Kläger und einen an Stelle Dressel's zu präsentirenden zahlungsfähigen Mitkäufer für den vereinbarten Kaufpreis von 46,000 Mark zu verkaufen.

Kläger hat die letztgedachte Offerte ausdrücklich abgelehnt, zum Beweise seines Anführens unter A, C, D, F, G, H auf das Zeugniß des Agenten J., zum Beweise seines Anführens unter C. D. auch noch auf das Zeugniß von Ernst L. in X. und zu F. auf das Zeugniß von Karl Schneider in R. und J. sich bezogen.

Beklagter hat zu No. 9 seines Anführens obgenannten Ernst L., zu No. 7 den Tagarbeiter Dressel in — und darüber, daß Dressel nur ein gewöhnlicher Arbeiter sei, den Gemeindevorstand M. in Z. als Zeugen benannt.

Weiter hat Beklagter dem Kläger über die von Letzterem bei der Fahrt nach L. angeblich gethane Aeußerung, er werde doch die 1000 Mark nicht im Stiche lassen, den Eid zugeschoben.

Kläger hat sich dem gegenüber für die Unwahrheit dieser Behauptung auf das Zeugniß von J. und L., welche sich bei der Fahrt betheiligt hätten, berufen.

3.

Klägerin — eine Wittwe — fordert vom Beklagten Dienstlohn für 53 Wochen in runder Summe mit 300 Mark.

Nach ihrer Darstellung ist sie auf vorherige Aufforderung Seiten des Beklagten zunächst — etwa 3 Wochen vor Weihnachten 1877 — als Haushälterin zur Probe zu demselben gegen einen vereinbarten Wochenlohn von 1 Mark 50 Pf. gezogen. Nach Ablauf des ersten vierwöchigen Zeitraumes, welchen Klägerin in dieser Stellung verbracht, sind die Parteien dahin übereingekommen, daß Klägerin als Ehefrau bei Beklagten bleiben solle und daß

sich Letzterer, wenn er nicht krank würde, mit ihr aufbieten und trauen lassen wolle. Es hat auch im Sommer 1878 die Verlobung der Parteien und am 4. Juli 1878 das standesamtliche Aufgebot derselben stattgefunden.

Bald darauf sind unter ihnen Mißhelligkeiten entstanden, Beklagter hat sich geweigert, die weiteren Schritte zur Eheschließung zu thun und die Klägerin ungefähr 14 Tage nach Neujahr 1879 aus seinem Hause ohne Gewährung irgend einer Vergütung für die ihm als Haushälterin geleisteten Dienste verwiesen.

Klägerin, welche außer jener vierwöchigen Probezeit mindestens noch 53 Wochen im Dienste des Beklagten gewesen zu sein behauptet, fordert auf letzteren Zeitraum wöchentlich 6 Mark als angemessene Vergütung, indem sie die Festsetzung dieses Betrages richterlichem Ermessen überläßt und sich zur Begründung jenes Lohnsatzes darauf bezieht, daß Beklagter außer einem Hausgrundstücke noch gegen 9000 bis 12,000 Mark Vermögen besitze und einen Kohlenhandel betreibe.

Der Lohn auf die vierwöchige Probezeit ist nicht Gegenstand des jetzigen Rechtsstreites.

Nach Ablauf derselben hat, wie Klägerin anführt, eine neue Lohnvereinbarung zwischen ihr und Beklagtem nicht stattgefunden, sie will aber die weiteren Dienste demselben auf die 53 Wochen mit Rücksicht auf die beabsichtigte Heirath geleistet haben.

Beklagter, welcher Klagabweisung beantragt, gibt zu, daß Klägerin zunächst 4 Wochen als Wirtschafterin bei ihm mit einem Wochenlohne von 1 Mk. 50 Pf. sich aufgehalten habe und daß sie Beide nach jenem Zeitpunkte mit einander dahin übereingekommen seien, es solle Klägerin als Frau bei ihm bleiben, sowie daß sie in der That auch als Eheleute mit einander gelebt haben. Ihr beiderseitiges Aufgebot habe stattgefunden, es sei aber Klägerin nach Ablauf der auf die Probezeit folgenden 53 Wochen von ihm fortgegangen; Mißhelligkeiten unter ihnen seien zuerst dadurch entstanden, daß Klägerin sich dem Trunke ergeben und ihn — Beklagten —, der ein der Pflege bedürftiger Greis sei —, vernachläßigt habe; schließlich sei Klägerin von ihm freiwillig fortgegangen, nicht von ihm fortgeschickt worden. In der Zeit, als er mit der Klägerin zusammengelebt, habe er übrigens für die Bedürfnisse derselben an Kleidung gesorgt, ihr insbesondere Leinwand und Kattun zu Hemden und Betttüchern, sowie Pantoffeln, auch kleine Geldbeträge zur Bestreitung ihrer Privatbedürfnisse gegeben. Doch wolle er aus allen diesen Gegenleistungen einen Kompensationsanspruch nicht herleiten.

Beklagter stellt die Behauptung, daß Klägerin selbst durch Vernachlässigung ihres Dienstes bei ihm und ihre Trunksucht Veranlassung zu den entstandenen Mißhelligkeiten gegeben, auf das Zeugniß des Gerichtsschöppen

X. in D. und schiebt der Klägerin darüber, daß dieselbe freiwillig von ihm fortgegangen sei, den Eid zu.

Klägerin, welche jenes Anführen durchgängig bestreitet, erachtet diese Eideszuschiebung für unzulässig, da dieselbe lediglich ein Urtheil betreffe, nimmt aber eventuell den Eid an und beruft sich zum Gegenbeweise dafür, daß sie ihren Dienst bei Beklagten nicht vernachlässigt, insbesondere auch dem Trunke sich nicht ergeben habe, auf das Zeugniß folgender Personen: des Polizeidieners Neumann, des Gutsauszüglers Ihle und des Schneidermeisters Hähnel, insgesammt in D., durch deren Aussagen übrigens auch zugleich die Behauptung des Prozeßgegners, daß sie freiwillig von ihm fortgegangen sei, Widerlegung finden werde.

Im Uebrigen sind die Parteien darüber einverstanden, daß die vorliegende Klage dem Beklagten am 23. Oktober 1882 zugestellt worden ist.

Das Prozeßgericht hat über obige Behauptungen der Parteien Beweis durch Vernehmung der von denselben benannten Zeugen zu erheben beschlossen. Es wird auf den Beschluß Bl. — verwiesen, dessen Erledigung dem ersuchten Richter (Amtsgericht X.) übertragen worden ist. Die Protokolle über die eidliche Vernehmung der Zeugen und Gegenzeugen (Bl. — bis Bl. — der Prozeßakten) sind in der Schlußverhandlung von der Klägerin, beziehungsweise dem Beklagten vorgetragen worden.

Danach hat der Gerichtsschöppe X. in D., 37 Jahr alt, aus eigener Wahrnehmung nur soviel angegeben, daß die Klägerin bei ihrem zweimaligen Erscheinen in seiner Wohnung — veranlaßt durch eine von ihr über Beklagten anzubringende Beschwerde — ihrem Auftreten, ihrer Haltung, sowie ihren Geberden und Worten nach den Eindruck einer betrunkenen Person auf ihn gemacht, auch nach Schnaps gerochen habe. Im Uebrigen habe er dieselbe oftmals beim Dorfkrämer Branntwein holen sehen, er wisse jedoch nicht, ob dies zu ihrem eignen Bedarfe, oder zum Gebrauche des Beklagten geschehen sei.

Der Polizeidiener Ferdinand N., 68 Jahre alt, der Gutsauszügler David J., 73 Jahre alt und der Schneidermeister Friedrich H., 51 Jahre alt, insgesammt in D., wissen weder über etwaige Dienstvernachlässigungen und die Trunksucht der Klägerin, noch über die Veranlassung ihres Fortganges vom Beklagten etwas Näheres anzugeben.

Laut des verkündeten Beweisbeschlusses Bl. — ist sodann von Amtswegen noch ein Sachverständiger über die Angemessenheit der von der Klägerin mit wöchentlich 6 Mark geforderten Vergütung befragt worden, — in der Person des Ortsvorstandes Konrad Rüger in D. Derselbe hat eidlich sich dahin ausgesprochen, daß er den Betrag von 6 Mark — als eine wöchentliche Vergütung für die von der Klägerin dem Beklagten in den Jahren 1878 und 1879 geleisteten Dienste — im Hinblicke auf die örtlichen, sowie die

Standes- und sonstigen Verhältnisse der Parteien — für einen unangemessen hohen erachte, vielmehr der Ansicht sei, daß mit einer wöchentlichen Vergütung von 3 Mark die betreffenden Dienstverrichtungen genügend bezahlt seien. (vgl. Bl. — bis Bl. —).

Im Schlußverhandlungstermine haben die Parteien weiter diese Beweisergebnisse in rechtlicher Beziehung beleuchtet. Beklagter hat insbesondere über die Behauptung, daß Klägerin seine Wohnung und Gemeinschaft freiwillig verlassen habe, wiederholt derselben den Eid zugeschoben, auf Befragen Seiten des Gerichtes aber sich außer Stande erklärt, jene Behauptung thatsächlich specieller zu begründen, während Klägerin den ihr zugeschobenen Eid, unter Festhaltung ihres Widerspruchs gegen dessen Zulässigkeit nunmehr angenommen und übrigens sich beschieden hat, daß nach dem Gutachten des Sachverständigen die Klagforderung um den entsprechenden Betrag abzumindern sei.

4.

In der zweiten Nachmittagsstunde des 12. Juli 1880 sind in Stadt Zw. die daselbst unter den Nummern 95 bis 101 Abtheilung C. des Brandversicherungscatasters gelegenen Scheunen durch Brand zerstört worden. Von diesen Scheunen besaßen der Mitkläger F. die Nr. 95, Sp. Nr. 96, H. Nr. 97, Th. Nr. 98, G. Nr. 100, R. Nr. 101, wogegen die Scheune Nr. 99 dem Kohlenwerksbesitzer K. in B. gehörte.

An die Scheunenbrandstelle grenzt gegen Norden ein der Stadtcommune Zw. gehöriges Gartengrundstück, Parzelle Nr. — des Flurbuchs. Beklagter hat dasselbe seit dem 18. Mai 1863 erpachtet und darauf an die K'sche Scheune Nr. 99 einen Bretterschuppen angebaut, welcher eine Tiefe von 3 Ellen hatte und in seiner Höhe bis in das Scheunendach hinaufreichte.

Neben jenem communlichen Grundstücke besitzt Beklagter noch ein eigenes Grundstück. Auf letzterem hat er ein kleines mit Feueranlage versehenes Haus errichtet und dasselbe seinem Sohn Karl D. überlassen.

Diesem Hause gegenüber lag der am 12. Juli mit abgebrannte Schuppen, ungefähr hundert Schritte entfernt von der nach dem Dorfe W. führenden Chaussee, von welcher aus er nicht gesehen werden konnte.

Hierüber allenthalben besteht unter den Parteien Einverständniß.

Es haben nun die Eigenthümer der abgebrannten Scheunen, mit Ausnahme K's, sowie weiter der Oekonom M., welcher einen Theil der Scheune des Mitklägers Th. erpachtet und darin zur Zeit des Brandes landwirthschaftliche Vorräthe aufbewahrt haben will, gegen Beklagten Klage erhoben auf Ersatz von Schäden, welche ihnen durch den Brand entstanden sein sollen.

Die Parteien erklären ihr Einverständniß darüber, daß die Verhandlung

des Rechtstsstreites sich noch nicht auf die Höhe des erlittenen Schadens, sondern nur auf den Grund des Anspruchs zu erstrecken habe.

Die Kläger behaupten, daß der Brand durch fahrlässige Verschuldung des Beklagten verursacht worden sei.

Sie führen nach dieser Richtung an:

1. Am 12. Juli 1880 habe ein Enkel des Beklagten, der damals 6½ jährige Franz D. in dem gedachten Schuppen mit Streichhölzern gespielt und ein Streichholz an dem dort befindlichen Haferkasten angebrannt, mit dem brennenden Streichholze sei der Knabe dem im Schuppen befindlichen Deckenrohre zu nahe gekommen, welches sich sofort entzündet und die Flamme aus dem mit mehrfachen Oeffnungen versehenen Schuppen in die dicht daran grenzende K.'sche Scheune (Nr. 99) hinübergetragen habe, bis zuletzt die sämmtlichen oben bezeichneten Scheunen bez. mit den darin lagernden Vorräthen ein Raub der Flammen geworden seien.

2. Der Schuppen sei vom Beklagten im Jahre 1866 oder etwas später ohne polizeiliche Erlaubniß und den bestehenden baupolizeilichen Vorschriften zuwider errichtet worden.

3. Bereits acht Tage vor dem Brande hätten die Enkel des Beklagten in dem Schuppen mit Feuer gespielt; sie seien jedoch dabei ertappt und dadurch sei damals weiteres Unheil verhütet worden. Dies habe Beklagter selbst dem Mitkläger G. mitgetheilt. Es sei zwar Beklagter nicht persönlich zugegen gewesen, als seine Enkel acht Tage vor dem Brande mit Feuer im Schuppen gespielt, es habe jedoch derselbe von diesem Vorgange Kenntniß erlangt durch Mittheilungen seitens Dritter.

4. Der Schuppen sei nach vorn offen und unverschließbar, auch zur Zeit des Brandes unverschlossen gewesen.

5. Deckenrohr sei ein leicht entzündbarer Gegenstand.

Beklagter bestreitet das Vorbringen unter 1 bis 5 und behauptet, mit dem Antrage auf Klagabweisung, seinerseits:

a) Er habe den abgebrannten Bretterschuppen an die K.'sche Scheune nicht erst im Jahre 1866 oder später, sondern bereits im Jahre 1863 angebaut, mit Erlaubniß des damaligen Besitzers dieser Scheune, des nunmehr verstorbenen Schuhmachers K.; auch habe der Schuppen seitdem unbeanstandet und von der Straße aus sichtbar bestanden, es sei dies auch den Besitznachfolgern K.'s bekannt gewesen, niemals aber von ihnen Einsprache erhoben worden.

b) Vor einigen Jahren habe der Stadtbaumeister Sch. in Zw. bei Gelegenheit der Begutachtung eines massiven Gartenhäuschens in dem Pachtgrundstücke des Beklagten das Vorhandensein des Bretterschuppens bemerkt, ohne es zu rügen.

c) Nach den zur Zeit der Errichtung des Schupppens in Zw. geltenden baupolizeilichen Vorschriften habe es zu derselben der Einholung behördlicher Genehmigung nicht bedurft, übrigens würde ihm solche, auf Nachsuchen, auch gewährt worden sein.

d) Die K.'sche Scheune (Nr. 99) habe zuerst gebraunt; die Flamme sei zuerst aus dem Dache dieser Scheune emporgeschlagen; es könnten ja auch, angenommen, daß das Brandunglück durch das Gebahren seiner Enkel mit Streichhölzern herbeigeführt worden sei, diese seine Enkel brennende Streichhölzer vom Schuppen aus in die Scheune hineingeworfen haben; denn die Scheune K.'s habe in der Wand nach dem Schuppen zu mehrere Löcher gehabt.

e) Der Schuppen sei an sich keine feuergefährliche Anlage und Deckenrohr brenne nicht leichter als Holz, Futter, Stroh und dergl., welches zur Zeit des Brandes in der K.'schen Scheune aufbewahrt gewesen sei.

f) In der Nähe des Schuppens und der Scheune sei der Verkehr mit Licht, Feuer u. s. w. polizeilich untersagt gewesen.

g) Der Schuppen habe verschlossen werden können.

Kläger geben nur zu, daß zur Zeit des Brandes in der H.'schen Scheune Werg gelagert habe, sie behaupten aber, die K.'sche Scheune sei damals leer gewesen; im weiteren Verlaufe der Verhandlung modificiren sie indessen diese Behauptung dahin, daß sie bemerken, es habe der Mitkläger M. sowohl in der K.'schen Scheune, als auch in dem von ihm erpachteten Theile der Th.'schen Scheune landwirthschaftliche Vorräthe aufbewahrt gehabt, welche mit verbrannt seien. Für dieses neuere Anführen treten Kläger Beweis an, durch Benennung des Kohlenwerksbesitzers K. als Zeugen, und machen unter Bestreiten des übrigen Vorbringens des Beklagten noch geltend, daß, selbst wenn Beklagter den Schuppen bereits im Jahre 1863 errichtet hätte, es auch schon nach den damals bestandenen baupolizeilichen Vorschriften der Einholung behördlicher Genehmigung bedurft haben würde.

Kläger treten Beweis an für ihre Behauptungen unter 1. durch Berufung auf die beim Stadtrathe zu Zw. über das Brandunglück ergangenen Acten sowie auf das Zeugniß des Gartenbesitzers Ferdinand K., zu Punkt 2 beziehen sie sich auf die beiden Zw.'er Bauordnungen, aus dem Jahre 1845 und 1865, — in dem sie zugleich die verfassungsmäßig erfolgte Errichtung und Publikation beider Bauordnungen behaupten und zum Nachweise dieser von dem Beklagten bestrittenen Thatsache Herbeiziehung der betreffenden Verwaltungsacten beantragen; zu 5 beziehen sich die Kläger auf das Gutachten Sachverständiger, während sie über Punkt 3 dem Beklagten den Eid zuschieben, welchen dieser annimmt.

Beklagter, welcher jenes neuere Vorbringen der Kläger bestreitet, tritt seinerseits Beweis für seine Behauptungen an; zum Nachweise dafür, daß die polizeilichen Erörterungen eine Verschuldung seinerseits am Brande nicht ergeben, beruft er sich auf die vom Gegentheile bezogenen Rathsacten; zu Punkt a seiner obigen Darstellung bezieht er sich auf das Zeugniß der verw. Kohlenwerksbesitzer K. und des Kohlenwerkbesitzers Ferdinand K., zu b auf das Zeugniß des Stadtbaumeisters Sch., zu Punkt d darüber, daß die K.'sche Scheune Nr. 99 Löcher in der Wand nach dem Schuppen zu gehabt, auf das Zeugniß des Ferdinand K., des D. jun. und der Ehefrau des Letzteren zu e auf das Gutachten Sachverständiger, zu f auf das Zeugniß des Polizeisecretär S. in Zw., zu g. auf das Zeugniß der genannten Eheleute D.

Der hierauf vom Prozeßgerichte erlassene Beweisbeschluß (Bl. — fg.) betrifft einestheils die Bestimmungen der von den Klägern angezogenen Bauordnungen über die bau- und feuerpolizeiliche Beschaffenheit des abgebrannten Schuppens und die Frage wegen der verfassungsmäßigen Errichtung und Bekanntmachung dieser Bauordnungen, die Entstehung des Scheunenbrandes und die Verwahrlosung derselben durch die Kinder des D. jun., sowie das Vorbringen der Kläger in Betreff der Aufbewahrung landwirthschaftlicher Vorräthe Seiten des Mitklägers M. in der K.'schen Scheune und einem Theile der Th.'schen Scheune, anderntheils das vom Beklagten behauptete Vorhandensein von Löchern in der Scheunenwand nach dem Inneren des Schuppens zu.

In der mündlichen Verhandlung vom — sind Seiten des Prozeßgerichts die von dem Stadtrathe zu Z. über Errichtung der Bauordnungen ergangenen Acten Nr. 23 Vol. I und II., sowie Nr. 26 Vol. III., in welchen sich die Urschriften der ersteren befinden, nebst einem Exemplare des Zw.-er Wochenblattes vom Jahre 1846 vorgelegt worden.

Beklagter erklärt nunmehr, daß er die verfassungsmäßig erfolgte Errichtung beider Bauordnungen sowie deren Inhalt nicht weiter bestreite.

Sodann trugen die Kläger aus der älteren Bauordnung für die Stadt Zw. vom 22. Oktober 1845, die §§. 2a, 3, 6, 16, 21, 23, 25, 40, 133, 134 und aus der späteren Bauordnung vom Jahre 1865 die §§. 3, 6, 77 Abs. 4, §§. 102, 103, 198 vor.

Die ältere Bauordnung, welche vom Stadtrathe zu Z. mittels Erlasses vom 5. Januar 1846 im dortigen Wochenblatte zur „allgemeinen Nachachtung und Befolgung derselben bei allen und jeden Neubauten, sowie bei Veränderungen oder Herstellungen an alten Gebäuden im ganzen Gebiete der Stadt Z.“ bekannt gemacht worden ist, enthält unter Anderen folgende Bestimmungen:

Nach §. 2ª findet sie Anwendung auf alle Neubaue von Gebäuden, sie mögen mit Dächern versehen sein oder nicht, zur Wohnung oder zu anderen Zwecken, wenn auch nur zur Verzierung bestimmt sein, 2c. 2c.

Für die Befolgung der Bauordnung sind (vgl. §. 3) sowohl der Bauherr, worunter außer dem Eigenthümer auch Beauftragte desselben — zu verstehen sind, als auch sämmtliche Baugewerken verantwortlich.

Als Hauptzwecke der Bauordnung und Hauptgrundsatz der Baupolizei ist in §. 6 bezeichnet: 2c. 2c.

Nach der Vorschrift in §. 16 „muß jeder Bau so ausgeführt werden, daß das Gebäude die nöthige Festigkeit enthalte und nicht nur keine feuergefährliche Anlage entstehe, sondern auch bei zu reparirenden Gebäuden etwa vorhandene wieder entfernt werden. Insbesondere darf sich Niemand schlechter Materialien bedienen."

Ferner bestimmt §. 21 2c. und §. 23 2c., weiter §. 25, 40. (wörtliche Inserirung).

In §. 133 ist bestimmt, daß jede Uebertretung der in dieser Bauordnung enthaltenen — Vorschriften ein Bauvergehen ist und zur Folge hat 2c. 2c.

Hieran schließen sich in §. 134 noch Specialvorschriften bezüglich der Wiederabtragung und Abänderung des Baues sowie der zu verhängenden besonderen Strafen.

An Stelle dieser älteren Bauordnung vom 22. Oktober 1845 ist mit dem 1. Oktober 1865 eine neue getreten.

Dieselbe leidet nach §. 3 unter a. Anwendung „auf alle Neu- oder Anbaue von Bauwerken". 2c. 2c.

§. 6 der neuen Bauordnung besagt: (inser.)

In §. 77, Abs. 4 heißt es: 2c. 2c.

§. 102 schreibt über die Bauart der Umfassungen folgendes vor: (inser.)

Die §§. 198—201 der neuen Bauordnung enthalten Vorschriften über Bestrafung von Bauvergehen der Bauunternehmer.

Aus dem mit F. II. bezeichneten, vom Prozeßgerichte im Termine zur Beweisaufnahme vorgelegten Actenhefte des Stadtrathes zu Z. bringen die Kläger zum Vortrag die Protokolle über die Ergebnisse der am 12. Juli 1880 aus Anlaß der Brandes an Ort und Stelle erfolgten polizeilichen Erörterungen, weiter die Protokolle vom 13. Juli, enthaltend die Vernehmung des Schulknaben Franz D. und seiner Schwester Frieda D., des Dienstmädchens Anna B., des Privatus D. und seiner Ehefrau, sowie des 14 jährigen Mädchens Clara Auguste R.

Bei dem polizeilichen Augenscheine ist danach folgendes konstatirt worden:

2c. 2c.

Das Resultat der Angaben, welche dem protokollirenden Rathsbeamten, Polizeisekretär S., von mehreren an Ort und Stelle vernommenen Personen gemacht worden sind, konstatirt derselbe dahin, daß ꝛc. ꝛc.

Der Schulknabe Franz D., damals sechs Jahre alt, hat an Polizeistelle ausgesagt (: es werden nun die an den vorgetragenen Stellen der gedachten Rathsakten enthaltenen Aussagen der betreffenden Personen in möglichst knapper Form reproducirt).

Weiter hat der Gärtner Ferdinand K. in Z., 67 Jahre alt, auf dessen Vereidung von den Parteien verzichtet worden ist, vor dem ersuchten Richter vernommen — nach Inhalt des von den Klägern in der Schlußverhandlung vom — vorgetragenen Protokolles Bl. — über die Entstehung des Brandes angegeben: ꝛc. ꝛc.

Die Vernehmung der übrigen im Beweisbeschlusse gedachten Zeugen ist vor dem Prozeßgerichte erfolgt.

Die Aussagen des unvereidet gebliebenen Karl Ferdinand D., 39. Jahre alt, eines Sohnes des Beklagten gehen dahin: ꝛc. ꝛc.

Der Kohlenwerksbesitzer Ferdinand K. in B., 40 Jahre alt, unvereidet, verneint, daß er seine Scheune an den Mitkläger M. verpachtet habe und weiß auch nicht, ob M. einen Theil der Th.'schen Scheune in Pacht und darin landwirthschaftliche Vorräthe aufbewahrt gehabt habe.

Die Parteien beleuchten sodann die Ergebnisse der Beweiserhebungen. Beklagter macht insbesondere geltend, daß der Ausbruch des Feuers im Schuppen durch die Polizeiakten nicht dargethan sei; selbst wenn man aber diesen Nachweis als erbracht ansehen wollte, so fehle es doch an genügenden Thatsachen, um eine Verschuldung seinerseits im Betreff des Brandes annehmen zu können; namentlich gebreche es an dem ursachlichen Zusammenhange in der Richtung, daß die Unterlassung der Einholung der baupolizeilichen Genehmigung zur Errichtung des Schuppens die Ursache zu dem jetzigen Brande und zu dem dadurch den Klägern angeblich entstandenen Schaden sei; zur Herstellung des Kausalzusammenhanges gehöre auch der Nachweis, daß die Baupolizeibehörde die Erlaubniß zur Errichtung des Schuppens verweigert haben würde; dieser Nachweis sei von den Klägern nicht erbracht. Die Baupolizeibehörde würde', selbst wenn der Bau an sich verboten gewesen wäre, doch Dispensation von diesem Verbote haben ertheilen können und er — Beklagter — würde auch, wie er behaupten müsse, in der That diese Dispensation erhalten haben. Beklagter stützt sich hierbei zugleich auf die Vorschriften in §§ 2. 3. des königl. sächs. Gesetzes vom 6. Juni 1863, das wegen polizeilicher Beaufsichtigung der Baue zu beobachtende Verfahren betreffend, unter Hinweis darauf, daß die zu diesem Gesetze erlassene Ausführungsverordnung durch die

spätere Verordnung vom 27. Februar 1869 wieder außer Kraft gesetzt worden sei.

Nachdem hierauf Seiten des Prozeßgerichts die Verhandlung geschlossen und der 2. November 1883 zur Verkündung einer Entscheidung anberaumt worden, hat in diesem Termine Beklagter die Wiederaufnahme der Verhandlung beantragt, womit die Kläger ihr Einverständniß erklären.

Bei dieser anderweiten Verhandlung gesteht Beklagter nunmehr zu, daß der Mitkläger M. zur Zeit des Brandes die Th.'sche Scheune erpachtet und darin auch Vorräthe aufbewahrt gehabt habe, sowie daß Vorräthe mit verbrannt sind. Er führt aber noch an, es habe M. diese Vorräthe gegen Feuersgefahr bei einer Feuerversicherungsgesellschaft versichert gehabt und den Schaden von derselben ersetzt erhalten.

Für diese Behauptung tritt er Beweis an durch Berufung auf das Zeugniß des D. jun.

Kläger bestreiten das neuere Vorbringen des Beklagten und machen geltend, daß die Frage über den Seiten der Feuerversicherungsgesellschaft geleisteten Ersatz nicht in dem jetzigen Stadium des Rechtsstreites zu erörtern sei, dieselbe vielmehr in das künftige Verfahren über die Liquidation der Schäden gehöre; auch würde eine Zahlung, welche Seiten der Versicherungsgesellschaft geleistet worden sein sollte, nicht zu dem Zwecke erfolgt sein, um den Beklagten von der ihm den Klägern gegenüber obliegenden Verbindlichkeit zum Schadensersatze zu liberiren.

In dem hierauf vom Prozeßgerichte zur Verkündung einer Entscheidung, eventuell zur Wiederaufnahme der Verhandlung angesetzten Termine hat dasselbe mit Rücksicht auf einen neueren, immittelst von dem Beklagten eingereichten Schriftsatz den Beschluß verkündet, daß von Wiederaufnahme der Verhandlung abgesehen und mit Verkündung einer Entscheidung verfahren werden solle.

II. Thatbestand in der Berufungsinstanz — neu aufgestellt. —

5.

Nach dem vom Beklagten (Ring) in der Berufungsverhandlung vorgetragenen Thatbestande des Urtheils erster Instanz hat derselbe in Gemeinschaft mit dem Tapezierer Karl August Schlegel im August 1879 von Karl Simon Dachsel in Z. L. das dem Letzteren gehörige Möbelgeschäft erkauft, und es ist hierauf im Handelsregister für gedachte Stadt unterm 22. August 1879 die Aenderung der Firma C. Dachsel in die Firma C. Dachsel's Nachfolger verlautbart worden.

Auf die von Schlegel bewirkte Bestellung hat Kläger (Kaufmann H.) Waaren geliefert. Er fordert von Ring und Schlegel solidarisch Bezahlung eines Saldo's von 464 Mk. 60 Pf. nebst 6 procentigen Zinsen von der Klagzustellung an — gegen Rückgabe von Wechseln, welche ihm Schlegel bis zum Gesammtbetrage von 300 Mk. gegeben, jedoch nicht eingelöst hat.

Schlegel ist wegen seines Nichterscheinens im Verhandlungstermine vom 17. Februar 1881 durch Versäumnißurtheil zur Bezahlung der gesammten Klagforderung sowie zur antheiligen Kostenerstattung verurtheilt worden.

Der Beklagte Ring dagegen gesteht zwar die Bestellung, Quantität, Qualität sowie die Lieferung und die Preise der Waaren, um welche es sich gegenwärtig handelt, an sich zu; er bestreitet aber seine Verbindlichkeit zur Bezahlung der geklagten Forderung, — unter der Behauptung, daß für dieselbe lediglich Schlegel dem Kläger verhaftet sei.

In dieser Beziehung ist der Sachstand folgender:

I. Nach seiner Darstellung hat Kläger zunächst dem Mitbeklagten Schlegel auf die von Letzterem bewirkte Bestellung in der Zeit vom 24. Juni 1879 bis 20. August 1879 — also noch vor erfolgter Begründung der Handelsgesellschaft zwischen Ring und Schlegel, wenigstens vor Eintragung derselben im Handelsregister — die in Klaganlage I (Bl. 4 der Prozeßakten erster Instanz) verzeichneten Waaren im Gesammtpreise von 130 Mk. geliefert.

II. Ferner will Kläger in der Zeit vom 25. August 1879 bis zum 15. Juli 1880 die in Klaganlage II (Bl. 4 b flg. der bezogenen Vorakten) aufgeführten Waaren im Gesammtpreise von 536 Mk. 60 Pf. auf vorher von Schlegel bewirkte Bestellung für die Firma C. Dachsel's Nachfolger geliefert haben.

III. Im Oktober 1879 hat zwischen ihm und Schlegel'n wegen einer dem Letzteren an den Kläger zustehenden Forderung für Arbeitslohn eine Berechnung stattgefunden. Dabei ist die Forderung Schlegels auf 202 Mk. festgesetzt und zugleich vereinbart worden, daß mit diesem Guthaben Schlegel's dessen (oben unter I gedachte) Schuld an Klägern gedeckt und die neue Schuld an 536 Mk. 60 Pf. (oben sub. II.) bis zum Betrage von 464 Mk. 60 Pf. getilgt sein solle.

IV. Schlegel, welcher übrigens am 5. Oktober 1880 aus der Handelsgesellschaft mit Ring ausgeschieden ist, hat die zur Tilgung jener Restschuld an 464 Mk. 60 Pf. bis zum Betrage von 300 Mk. gegebenen Wechsel nicht im Namen der Firma, sondern auf seine eigene Person ausgestellt, beziehentlich acceptirt, unter der von ihm dabei dem Kläger gemachten Mittheilung, dies thue nichts, da er das Geld zur Einlösung der Wechsel von Ring oder vielmehr von dessen Schwiegervater Dachsel erhalte.

Beklagter räumt ein das Klaganführen zu den Puncten I und III, bestreitet zu II, daß die hier gedachten Waaren von Schlegel für die Firma

bestellt worden, unter Hinweis darauf, daß Schlegel, welcher auch nach seinem Eintritte in die Firma C. Dachsel's Nachfolger bis in den Monat December 1880 hinein ein bereits vorher von ihm besessenes Tapezierer- und Möbelgeschäft selbstständig für sich weiter betrieben, jene Waaren auf seinen eigenen Namen bestellt und geliefert erhalten habe; auch bestreitet er die zu Punkt IV Schlegel'n in den Mund gelegte Aeußerung gegenüber dem Kläger.

Dagegen macht Kläger geltend: Schlegel habe für die Firma C. Dachsel's Nachfolger bestellt. Die gelieferten Waaren seien ihrer Beschaffenheit nach für ein Möbelgeschäft bestimmt gewesen und er, Kläger, habe annehmen können, daß dieses Möbelgeschäft eben das unter jener Firma geführte, nicht ein von Schlegel auf eigene Rechnung betriebenes sei. Denn

1. als Ring und Schlegel im August 1879 das bis dahin von Simon Dachsel betriebene Geschäft übernommen, hätten Beide in Vereinigung mit Dachsel den Geschäftsfreunden und namentlich auch ihm, dem Kläger, zwei Circulare zugesendet, in deren einem ausdrücklich erwähnt sei, „das von August Schlegel betriebene Möbel- und Tapezierergeschäft gehe in der Firma C. Dachsel's Nachfolger auf."

2. Bei Bestellung der ersten Waarenpost der Klaganlage II habe Schlegel zu Klägern geäußert:

> „ihr Geschäft sei nun eröffnet, Kläger habe doch wohl das Circular erhalten, ihre Firma habe eine größere Bestellung von Polsterwaaren aufgenommen, da brauche er, Schlegel, als praktischer Arbeiter Polsterstoffe dazu."

3. Innerhalb des Zeitraumes, zu welchem die sämmtlichen Waaren der Klaganlage II bestellt und geliefert worden, habe Schlegel wiederholt zu ihm erklärt, daß die in seinem — Klägers — Geschäft entnommenen Waaren für das unter der Firma C. Dachsel's Nachfolger betriebene Geschäft bestimmt seien.

4. Auch gegen Klägers Geschäftspersonal habe Schlegel bei Bestellung von Waaren derartige Aeußerungen gethan.

5. Nicht minder habe Schlegel innerhalb des zu 3 gedachten Zeitraumes mehrfach zu Klägern gesagt:

> „er möge wegen der Regulirung seiner Forderung Geduld haben, ihr Geldmann Dachsel habe sein Geld in Häuserbauten festgefahren, auch habe ihre Firma Außenstände, die nicht gleich einkämen, ihre Firma werde dem Kläger weitere Aufträge zu Gute kommen lassen."

6. Endlich habe Schlegel am 26. Oktober 1879 eine Rechnung über 202 Mk., obwohl dieselbe sich auf Arbeiten vor Eröffnung des unter der Firma C. Dachsel's Nachfolger betriebenen Tapezierergeschäfts beziehe, dennoch in Firma C. Dachsel's Nachfolger ausgestellt und quittirt.

Beklagter räumt ein das Vorbringen des Klägers zu 1, bestreitet aber das übrige Anführen unter 2 bis 6 sowie die Aechtheit der zu Punkt 6 vom Kläger in der Urschrift vorgelegten Rechnung.

In Gemäßheit ergangenen Beweisbeschlusses (Bl. 21 der angezogenen Voracten) sind über das Vorbringen des Klägers zu Punkt 2 und 3 dessen Bruder, Karl Alexander H., 20 Jahre alt, und Selma Therese verehelichte L., 28 Jahre alt, (welche in der Zeit vom 15. April 1878 bis zum 1. Februar 1881 als Verkäuferin im Geschäfte des Klägers thätig gewesen), und über die Behauptung des Beklagten, es habe Schlegel auch nach seinem Eintritte in die Firma C. Dachsel's Nachfolger bis in den Monat December 1880 ein von ihm früher betriebenes Tapezierer- und Möbelgeschäft selbstständig und für sich weiter betrieben, der Schuhmacher Karl Wilhelm K., 36 Jahre alt, insgesammt eidlich, und über letztere Behauptung des Beklagten außerdem noch dessen Ehefrau, Auguste Schlegel, 43 Jahre alt, unvereidet vernommen worden.

Die Aussagen der abgehörten Zeugen sind enthalten in den Protokollen Bl. 27 der Prozeßacten erster Instanz und vom Beklagten in der Berufungsverhandlung vorgetragen worden.

Endlich hat Beklagter zum Beweise dafür, daß Schlegel die in Klaganlage II verzeichneten Waaren auf eigenen Namen bestellt habe, auf die Geschäftsbücher des Klägers Bezug genommen.

In dem Hauptbuche des Letzteren, welches er im Termine zur Beweisaufnahme vorgelegt hat, finden sich auf Folium 157 und 521 Einträge, welche sich auf die den Klaggegenstand bildende Geschäftsverbindung beziehen. Folium 157 lautet — nach den im Thatbestande erster Instanz enthaltenen Feststellungen — auf Schlegel und enthält vor den mit 25. August 1878 beginnenden Einträgen einen Abschluß. Mit letzterem Tage beginnt eine neue Reihe von Einträgen, deren Betrag am Ende der Seite addirt und auf Folium 521 übertragen ist. Letzteres Folium trägt die Bezeichnung „August Schlegel, seit 15. August in Firma C. Dachsels Nachfolger.“

Nach der vom Beklagten weiter vorgetragenen Urtheilsformel und den Entscheidungsgründen erster Instanz hat dieselbe den Beklagten Ring verurtheilt, dem Kläger 464 Mk. 60 Pf. nebst 6 Procent Zinsen von der Klagzustellung an zu ungetheilter Hand mit dem Mitbeklagten Schlegel kostenpflichtig zu bezahlen.

In den Gründen wird ausgeführt:

Die Waaren, für welche der geklagte Kaufpreis gefordert werde, seien von Schlegel bestellt und sie seien auch geliefert worden in einer Zeit, zu welcher derselbe und Ring gemeinschaftlich ein offenes Geschäft betrieben habe. Es sei daher eine Mitverhaftung Ring's aus der Bestellung Schlegel's und

aus der Lieferung an denselben begründet, sofern entweder Schlegel ausdrücklich die Bestellung für das gemeinsame Geschäft beim Kläger bewirkt gehabt oder sich dies aus den die Bestellung begleitenden Umständen ergebe. Nach erfolgter Zusendung der oben unter 1 erwähnten Circulare an ihn habe Kläger annehmen müssen, daß, wenn Schlegel bei ihm bestellte nnd dabei nichts weiter hinzusetze, derselbe dies im Namen der Firma C. Dachsel's Nachfolger und für dieselbe thue, wenigstens dann, wenn die gelieferten Waaren zu Geschäftszwecken gedient hätten. Die unter solchen Umständen geschehene Bestellung sei als für das gemeinsame Geschäft bewirkt anzusehen; dies sei auch bezüglich der in Klaganlage II verzeichneten Waaren anzunehmen, da diese von Schlegel nach Zusendung obiger Circulare bestellt worden seien und auch nur geschäftlichen Zwecken hätte dienen können. An Umständen, welche eine gegentheilige Annahme zu Gunsten des Beklagten begründen könnten, fehle es. Daß Schlegel ein eigenes Geschäft neben dem gemeinsam mit Ring unter der Firma C. Dachsel's Nachfolger betriebenen Geschäfte fortgeführt habe, sei von den Zeugen nicht bestätigt worden. Unwahr sei weiter die Behauptung, daß Kläger die in Klaganlage II verzeichneten Waaren zu Lasten Schlegel's gebucht habe, vielmehr deuteten die betreffenden Einträge darauf hin, daß Kläger die von Schlegel entnommenen Waaren als eine Schuld des gemeinsamen Geschäftes betrachtet habe.

Es sei unerheblich ebensowohl, wenn Kläger eine dem Schlegel zustehende Gegenforderung auf die Schuld der Firma C. Dachsel's Nachfolger angerechnet habe, als auch, wenn er Wechsel, welche von Schlegel acceptirt worden, auf jene Schuldforderung der Firma angenommen habe.

Auch werde die aus der ganzen Sachlage sich ergebende Vermuthung dafür, daß die Bestellungen Seiten Schlegels im Zweifel für das Geschäft erfolgt seien, durch den Umstand, daß eine einzelne Rechnung über die Waarenlieferungen anstatt anf C. Dachsel's Nachfolger vielmehr auf Schlegel gestellt worden seien, um so weniger widerlegt, als andere Fakturen vorlägen, welche auf die gedachte Firma gestellt seien. Dies weise nur hin auf eine ungenaue Bezeichnung des Schuldners.

Es sei weiter konstatirt, daß die von Schlegel bewirkten Bestellungen für die Firma C. Dachsel's Nachfolger geschehen seien. Denn nach den Aussagen des glaubwürdigen Zeugen H. habe Schlegel wiederholt bei einzelnen Bestellungen geäußert, daß die von ihm entnommenen Waaren für das gemeinsame Geschäft mit Ring bestimmt seien und nach Aussage desselben Zeugen seien auch Proben der von Schlegel entnommenen Waaren in das gemeinsame Geschäft geschafft worden; auch habe Schlegel bei verschiedenen wegen Bezahlung der Waaren an ihn ergangenen Mahnungen Klägern um Nachsicht gebeten unter Hinweis auf die augenblickliche Geldverlegenheit Dachsel's, des

Schwiegervaters Rings. Die Zeugin L. bestätige, daß Schlegel eine — später auch wirklich ausgeführte — Bestellung für das Magazin, worunter das gemeinsam betriebene Geschäft in Firma C. Dachsel's Nachfolge zu verstehen sei, in Aussicht gestellt habe. Aus Alledem ergebe sich, daß weder Kläger, noch auch Schlegel jemals im Zweifel darüber sich befunden hätten, daß die von Letzteren ausgehenden Bestellungen für jene Firma erfolgten. Die geklagte Kaufpreisforderung sei eine Schuld der Firma und Beklagter Ring hafte nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in Art. 82, 112, 114 für diese Schuldforderung zugleich mit seinem ehemaligen Mitgesellschafter Schlegel.

Dieses Urtheil ist von dem Beklagten Ring angefochten worden mit dem Antrage auf Abweisung der Klage.

In der Berufungsverhandlung vom 25. Juni 1881 macht er geltend:

a) Auch nach seinem Eintritte in die Firma C. Dachsel's Nachfolger habe Schlegel ein Tapezierer- und Möbelgeschäft für sich allein und selbstständig nebenbei fortbetrieben; der Betrieb dieses Nebengeschäfts falle in die Zeit der Lieferung der in Klaganlage II verzeichneten Waaren und sei erfolgt in einem besonderen Geschäftslokale, in welches auch die gelieferten Waaren gebracht worden.

b) Schlegel habe in der That auch erst in der zweiten Hälfte des Jahres 1880 beim Stadtrathe zu X. die Aufgabe des seither unter seinem Namen betriebenen Tapezier- und Möbelgeschäftes angemeldet.

c) Im Hauptbuche des Klägers seien auf Folium 521 die Worte: „seit 15. August in Firma C. Dachsel's Nachfolger" nicht schon bei Anlegung dieses Foliums vorhanden gewesen, sondern erst später im Laufe des Jahres 1880 noch hinzugeschrieben worden.

Zu a bezieht sich Beklagter auf das Zeugniß des August Schlegel, zu b auf die beim Stadtrathe zu X. geführten Akten, enthaltend die An- und Abmeldung des Geschäftsbetriebes Seiten Schlegels, zu c schiebt er dem Kläger den Eid zu und legt weiter

d) zum Nachweise dafür, daß Kläger die Rechnungen, welche sich auf die Waaren der Klaganlage II beziehen, lediglich auf A. Schlegel gestellt habe, die Rechnung vom 7. August 1880 (Anlage I zum Klagbeantwortungssatze, Bl. 10 b der Voracten) in der Urschrift vor, wobei er unter Eideszuschiebung an den Gegner noch behauptet, daß derselbe diese Rechnung in der Zeit nach deren Ausstellungstage entweder selbst aus seinen Geschäftsbüchern herausgeschrieben oder diese Ausschreibung durch eine dritte hierzu von ihm beauftragte Person habe bewirken lassen, und zwar kurze Zeit vor dem Austritte Schlegel's aus der Firma C. Dachsel's Nachfolger.

Auch werde — so behauptet Beklagter weiter — durch das eigene Verhalten des Klägers bestätigt, daß er Schlegel'n für seinen persönlichen Schuld-

ner gehalten habe. Denn die Rechnungen (Klaganlage I und II) seien nicht auf die Firma C. Dachsel's Nachfolger, sondern auf „August Schlegel, in Firma C. Dachsel's Nachfolger" gestellt, namentlich gelte dies von Rechnung II, welche, dafern Kläger als seine eigentliche Schuldnerin die Firma angesehen wissen wollen, lediglich auf diese hätte gestellt werden müssen. Auch das Abkommen zwischen Klägern und Schlegel'n wegen der 202 Mk. deute auf die Auffassung des Klägers hin, daß er es lediglich mit Schlegel zu thun habe und letzterer sich mit der Firma C. Dachsel's Nachfolger auseinandersetzen werde. Es sei nicht kaufmännisch, wenn Kläger, obgleich er gemeint, mit der Firma contrahirt zu haben, einen von Schlegel persönlich ausgestellten Wechsel angenommen hätte. Schlegel habe sein früheres Verhältniß zur Firma dazu benutzt, um sich persönlichen Credit beim Kläger zu verschaffen. Die Aussagen der verehel. Schlegel seien nicht glaubwürdig. Der neuerdings angebotenen Beweisführung werde es übrigens nicht bedürfen, vielmehr sei jetzt schon auf einen richterlichen Eid für die eine oder andere der Parteien zu erkennen.

Kläger, welcher Zurückweisung der Berufung beantragt, bestreitet das obige Vorbringen des Prozeßgegners zu a, b und c, unter Annahme des zu c angetragenen Eides, nicht minder bestreitet er die Aechtheit der Rechnung vom 7. August 1880, ohne sich über den zu d gebrauchten Eidesantrag zu erklären. Er bezeichnet die rechtliche Auffassung des Streitverhältnisses Seiten der ersten Instanz als zutreffend und behauptet nunmehr, unter Berufung auf das Zeugniß August Schlegel's, eventuell unter Eideszuschiebung an Beklagten, daß die in Klaganlage II verzeichneten Waaren in dem Geschäftslokale der Firma C. Dachsel's Nachfolger abgeliefert worden seien.

Dies bestreitet Beklagter und benennt für die Richtigkeit seiner Darstellung ebenmäßig den Schlegel als Zeugen.

In Gemäßheit ergangenen Beweisbeschlusses (Bl. 10 der Prozeßakten zweiter Instanz) ist hierauf Schlegel vor dem Berufungsgerichte als Zeuge unvereidet vernommen, beziehentlich darüber persönlich befragt worden: ob die in Klaganlage II verzeichneten Waaren in das der Firma C. Dachsel's Nachfolger gehörige Geschäft oder an welchen sonstigen Ort sie abgeliefert worden seien?

Nach seiner Darstellung hat Schlegel während des Bestehens des Societätsverhältnisses mit Ring auch in seiner Wohnung ein Privatgeschäft für sich betrieben; es hat sich aber während dieses Zeitraumes im Geschäftslokale des Kompagniegeschäftes keine Werkstelle, sondern nur das Magazin und die Polirwerkstatt befunden; die vorkommenden Tapezierarbeiten sind von Schlegel in seiner, mit der eigenen Privatwohnung verbundenen Werkstelle gefertigt worden; er hat die Rohmaterialien regelmäßig für eigene Rechnung angeschafft;

die von ihm an das Magazin gelieferten Arbeiten sind ihm sodann auf einem besonderen Konto gutgeschrieben und auf Grund getroffener Uebereinkunft bezahlt worden. Die in Klaganlage II verzeichneten Waaren hat er bei dem Kläger H. bestellt, ohne dabei diesem gegenüber anzugeben, für wen die Waaren bestimmt seien (ob für ihn selbst oder für das Kompagniegeschäft). Die Waaren selbst sind sodann in seine — Schlegel's — Wohnung geschafft worden. An letzterer hatte er eine Firmentafel angebracht, versehen mit der Ueberschrift: C. A. Schlegel, Tapezierer und Dekorateur in Firma C. Dachsel's Nachfolger. Magazin: Moritzgraben No. 1.

Bei der hierauf erfolgten Schlußverhandlung am 24. Oktober 1881 macht Kläger unter Eideszuschiebung weiter geltend:

aa. Vor Beginn der Lieferungen der Waaren in Klaganlage II habe Schlegel zu ihm geäußert:
„ich gehe jetzt mit Ring in Compagnie, ich werde von nun an für das Magazin bestellen."

bb. Schlegel habe wiederholt bei einzelnen, von ihm bewirkten Bestellungen zu ihm, dem Kläger, gesagt:
„ich brauche es für das Magazin."

cc. Auch habe Schlegel, nachdem er öfters bei Abwesenheit des Klägers in dessen Geschäftslokale Bestellungen bewirkt gehabt, zu demselben sich dahin ausgesprochen:
„ich habe soeben bei Ihnen für das Magazin bestellt."

dd. Nicht minder habe während der Zeit, in welche die streitigen Waarenlieferungen fallen, Schlegel seinem Kompagnon Ring wiederholt erzählt, daß er Sachen für das Magazin gekauft (oder bestellt) habe.

Da Beklagter erklärte, daß er von diesen thatsächlichen Behauptungen erst im Schlußverhandlungstermine Kenntniß erlangt habe, und daher sich darüber nicht aussprechen könne, so wurde vom Prozeßgerichte der Beschluß verkündet, daß zur Fortsetzung der Verhandlung der 18. Januar 1882 bestimmt werde.

In letzterem Termine hat B e k l a g t e r jenes neuere Vorbringen des Klägers nunmehr bestritten, und den ihm darüber zugeschobenen Eid, welchen er für unzulässig erklärt, angenommen, insoweit als es sich dabei um Erklärungen handelt, welche gegen ihn direkt abgegeben worden sein sollen, im Uebrigen aber den Eid zurückgeschoben.

K l ä g e r erachtet die gedachte Eideszuschiebung für zulässig und bringt unter Berufung auf das Zeugniß des Schneidermeisters F. in X. noch vor: es habe Schlegel vor ungefähr 1½ Jahren zu F'n. geäußert: „H. (der Kläger) hat von m i r nichts zu kriegen; denn die Waaren, die ich bei H. geholt habe, sind für das Magazin gewesen."

Beklagter bestreitet auch dieses Vorbringen als thatsächlich unbegründet und als unerheblich.

6.

Kläger ist Eigenthümer des Rittergutes Au. Beklagte sind eingetragene Besitzer des Bauerngutes Fol. — des Grundbuches für Au., zu welchem die im sog. Erlengrunde gelegene Wiese Nr. 724 des Flurbuches für Au. gehört.

Klägerm steht das Recht zu, das auf dieser Wiese quellende Wasser in Brunnen (Schroten) zu fassen und in einer Röhrenfahrt nach dem Rittergute Au. zur Verwendung in der Bierbrauerei, Brennerei, und in der Haus- und Viehwirthschaft daselbst zu leiten.

Die Dienstbarkeit ist durch Vertrag festgestellt, hierüber eine Urkunde unterm 12. März 1781 ausgefertigt und von den Vertragsschließenden vollzogen, auch ist der Vertrag unterm 22. Juni 1781 gerichtlich bestätigt worden (Klaganlage A.).

Ursprünglich waren nur 4 Brunnen vorhanden, in den Jahren 1860—70 sind jedoch von der Gutsherrschaft mit Genehmigung des Vorbesitzers der Beklagten, Friedrich Traugott J., drei weitere Brunnen angelegt und mit der gedachten Röhrfahrt verbunden worden.

Ueber die Lage dieser 7 Brunnen giebt die mit den örtlichen Verhältnissen übereinstimmende Zeichnung Bl. — der Voracten Auskunft.

Hierüber ist im Laufe der erstinstanzlichen Verhandlung Einverständniß unter den Parteien erzielt worden.

Der Streit bewegt sich um Folgendes:

Beklagte, welche die Dienstbarkeit an sich nicht stören wollen, beabsichtigen, jene Wiese zu drainiren und haben den Oeconomie-Obercommissar M. in F. beauftragt, einen Drainirungsplan zu entwerfen.

Derselbe hat unter dem 30. April 1880 dem Kläger brieflich mitgetheilt, daß er im Auftrage des landwirthschaftlichen Vereins den Beklagten einen Drainirungsplan für deren Gut Nr. 33 des Brandcatasters für Au. machen solle (Klaganl. B.).

Kläger hat hierauf dem Oeconomie-Obercommissar M. unterm 22. Mai 1880 durch seinen Bevollmächtigten, Rechtsanwalt R., geantwortet, daß die Gutsherrschaft allenthalben ihr Recht auf das Röhrwasser aufrechterhalte und sich im Voraus gegen alle und jede Maßregel der Beklagten verwahre, durch welche die Wassernutzung auch nur im Mindesten geschmälert werden könnte. Auf seinen Antrag ist sodann von dem Landgerichte X. eine einstweilige Verfügung dahin erlassen worden, daß die Beklagten bei 500 Mk. Strafe für jeden Zuwiderhandlungsfall sich der beabsichtigten Wiesendrainage und aller

sonstigen Veranstaltungen, durch welche das Wasserableitungsrecht gehindert und gestört werde, zu enthalten haben.

Kläger hat nun Confessorienklage, nachdem ihm die Anstellung solcher auf Antrag der Beklagten nach §. 806 und 815 der C.P.O. aufgegeben worden, mit dem Antrage erhoben:

daß Beklagte die dem Kläger für sein Rittergut zu Au. gegenüber dem Wiesengrundstück Nr. 724 des dasigen Flurbuchs zustehende Wasserleitungsgerechtsame und demzufolge das Recht der Benutzung der auf der erwähnten Wiese vorhandenen 7 Brunnen und die wegen dieser Gerechtsame von dem Landgericht X. unterm 27. Mai 1880 erlassene einstweilige Verfügung als gerechtfertigt anzuerkennen, demzufolge sich jeder Beeinträchtigung dieser Gerechtsame und namentlich der beabsichtigten Wiesendrainage und jeder sonstigen Veranstaltung, durch welche die fragliche Wasserleitung gehindert oder gestört würde, bei namhafter Strafe zu enthalten ꝛc. schuldig.

Zur Begründung führt Kläger an:

Durch die beabsichtigte Drainage werde der Wasserzufluß nach der Wasserleitung vollständig verhindert, oder doch geschmälert, jedenfalls während der Anlage beeinträchtigt.

Eine auch nur vorübergehende Beeinträchtigung aber sei für das Rittergut mit Rücksicht auf die Größe des Wasserbedarfs für Brauerei, Brennerei und die bedeutende Viehwirthschaft von erheblichen Nachtheil.

Sei einmal die Drainage angelegt und durch dieselbe die Wasserleitung entzogen oder geschmälert, so bleibe zweifelhaft, ob durch Beseitigung der Drainage das Wasser wieder herbeigeschafft werden könne.

Beklagte theilen diese Befürchtuugen nicht, sie bestreiten, daß eine Beeinträchtigung der klägerischen Gerechtsame auch nur während der Anlage zu befürchten stehe und führen aus:

Die Drainage würde, wenn die Quellen nicht streichen, sondern vertical steigen, überhaupt keinen Einfluß ausüben, dagegen würde, wenn sämmtliche Drainagewässer in ein an der Grenze der Wiese anzulegendes gemauertes Bassin geführt und aus diesem dem Rittergute zugeleitet werden würden, sowohl die Menge des abzuleitenden Wassers vermehrt, als dessen Qualität verbessert, auch dem Rittergute der jetzige größere Unterhaltungsaufwand erspart werden.

Ueberhaupt sei die Klage nicht begründet, da sie ihre Absicht zu drainiren, noch nicht zur Ausführung gebracht hätten.

Kläger giebt die mögliche Nutzbarkeit eines Sammelbassin zu, weist aber auf die Nachtheile in der Zwischenzeit während der Ausführung der Drainage hin und bemerkt, daß Beklagte das Bassin nicht auf ihre Kosten anlegen

wollten, sondern von ihm — Klägern — einen Beitrag von 800 Mk. und einen jährlichen Wasserzins von 100 Mk. beanspruchten.

Kläger hat sich hierbei auf einen von dem Bevollmächtigten der Beklagten an den Vertreter des Klägers gerichteten Brief vom 4. August 1880, welchen Beklagte nach erfolgtem Vortrag anerkannt haben, bezogen (Anl. zum Replikſatz sub. O.).

Beide Parteien haben sich auf das sachverständige Gutachten des Oeconomie-Obercommissares M. in F. bezogen und ist die Vernehmung desselben in Gemäßheit des Beweisbeschlusses Bl. — erfolgt.

Der Sachverständige, auf dessen Vereidung die Parteien verzichtet haben, sprach sich zunächst dahin aus, daß eine Schädigung des Klägers dann drohe, wenn die Quellen streichen, d. h. ihr Wasser seitwärts aus der Erde abgäben, dagegen nicht, wenn die Quellen vertical steigen, dafern nur nicht ein Drainagestrang gerade über die Quelle geführt werde,

daß bei den meisten Brunnen auf der Erlwiese die Quellen vertikal stiegen, sich aber erst bei der Ausführung der Drainage beurtheilen lasse, ob alle Quellen vertikal stiegen, sowie daß die Drainage noch mehr Quellen erschließen, also den Wasserzufluß vermehren würde, zumal, wenn am Ende der Wiese ein Sammelbassin errichtet werden sollte.

Kläger hat dieses Gutachten namentlich mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit bezüglich der Beschaffenheit der Quellen als vertikaler oder streichender bemängelt und sich darauf bezogen, daß ein anderer Sachverständiger die Wasserentziehung durch die Drainage für unvermeidlich erklärt habe.

In Folge Beweisbeschlusses Bl. — der Vorakten ist der Sachverständige zur Vervollständigung seines Gutachtens in Ansehung der gerügten Unbestimmtheit aufgefordert worden und hat derselbe anderweit ein Gutachten und zwar schriftlich abgegeben.

Dasselbe geht dahin, daß es zur sicheren Ermittelung ob die „Brunnen“ vertikal steigen oder streichen, *unbedingt* erst der vorherigen Anlage der Drainage bedürfe und daß andere Maßregeln, dies zu ermitteln, den Brunnen mehr Störungen und Benachtheiligungen bereiten würden, als die Anlage der Drainage selbst,

daß auch eine theilweise Schädigung Klägers nur durch Vornahme der Drainage genau festzustellen sei, da nicht mit Sicherheit behauptet werden könne, daß die streichenden Quellen durch die Drainage durchschnitten würden und dadurch der Zufluß den Quellen werde entzogen werden.

Auch sei die Sache nicht so gefährlich, man würde bei der Ausführung dieser Drainage ja ganz besonders vorsichtig zu Werke gehen und solle da, wo das Terrain ansteige, also die streichenden Quellen herkommen, gar nicht drainirt werden, wie denn auch oberhalb der 7 Quellen noch weitere der-

gleichen zu Tage träten, welche, wenn man sie in der Tiefe fasse, mehr und aushaltender Wasser geben würden, als gegenwärtig.

Kläger hat auch diese Auslassung noch für ungenügend befunden und die Einholung eines Gutachtens von einem anderen Sachverständigen beantragt und als solchen den Oekonomie-Inspektor U. in S. in Vorschlag gebracht.

Beklagte haben dem widersprochen und noch bemerkt, es stünden dem Kläger auch die Vorschriften in §. 34 und 35 des K. Sächsischen Gesetzes vom 15. August 1855 entgegen und wäre deßhalb das in §. 39 desselben vorgeschriebene Verfahren einzuleiten gewesen.

Kläger hat die Anwendbarkeit dieses Gesetzes bestritten, weil es sich um eine Drainage handle, durch welche ein bestehendes Rechtsverhältniß beeinträchtigt werde.

Eine von den Beklagten erhobene Widerklage haben diese wieder fallen lassen.

Die erste Instanz hat eine weitere Beweisaufnahme nicht für nöthig erachtet, die Beklagten zwar unter Vergleichung der Kosten verurtheilt, anzuerkennen, daß dem Kläger als Eigenthümer des Rittergutes Au. das Recht zustehe, das auf der den Beklagten eigenthümlich zugehörigen Parzelle Nr. 724 des Flurbuchs für Au. entspringende Quellwasser, soweit dasselbe in den auf der der Klage beigefügten Zeichnung dargestellten, mit Nr. 1 bis mit 7 bezeichneten sog. Schroten gefaßt wird, mittelst Röhren in das Rittergut abzuleiten, nicht minder sich jeder Handlung, durch welche die Ausübung dieser Grunddienstbarkeit beeinträchtigt werde, bei Vermeidung einer im Wiederholungsfalle nach Befinden zu erhöhenden Geldbuße von 60 Mk. zu enthalten, aber die Klage, insoweit dieselbe darauf gerichtet ist, daß den Beklagten die Entwässerung des bezeichneten Grundstücks mittelst der von ihnen beabsichtigten Drainage untersagt und daß die erwähnte einstweilige Verfügung für gerechtfertigt erklärt werde, abgewiesen.

Hierzu ist das erkennende Gericht durch die Erwägung gelangt, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks in seinen Rechten nicht weiter beschränkt werden dürfe, als dies zur Ausübung der darauf haftenden Dienstbarkeit nothwendig sei.

Kläger habe aber den Beweis, daß durch die beabsichtigte Drainage seinen Rechten wirklich Eintrag geschehe, insofern nicht erbracht, als der hierüber befragte Sachverständige erklärt habe, daß die beabsichtigte Drainage nur unter gewissen Voraussetzungen einen störenden Einfluß auf die hier in Rede stehende Dienstbarkeit haben würde, jetzt schon sich aber schlechterdings nicht beurtheilen lasse, ob diese Voraussetzungen vorhanden seien, bez. unausbleiblich oder wenigstens wahrscheinlich eintreten würden.

Die Einwendungen gegen das neuerliche Gutachten seien namentlich auch

mit Rücksicht auf die Persönlichkeit der Experten unerheblich, sodaß die Einholung eines anderweiten Gutachtens nicht geboten erscheine.

Gegen diese Entscheidung hat Kläger Berufung mit dem Antrage:

„zu erkennen, daß unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils die Beklagten und Berufungsbeklagten sich auch der von ihnen beabsichtigten Drainage der erwähnten Parzelle Nr. 724 bei Vermeidung namhafter Geldstrafe zu enthalten, die in dieser Beziehung erlassene einstweilige Verfügung für gerechtfertigt anzuerkennen und die Kosten des Prozesses zu erstatten schuldig,"

eingelegt, während Beklagte gebeten haben, unter Bestätigung des angefochtenen Urtheils den Kläger mit der Berufung kostenpflichtig abzuweisen.

In den Berufungsverhandlungen am 26. November 1881 und 21. April 1882 ist zunächst durch Einverständniß der Parteien festgestellt worden, daß Kläger den Beschluß des Landgerichts zu X. vom 16. Juli 1880, nach welchem ihm aufgegeben worden ist, binnen 3 Wochen sein behauptetes Recht durch Klagerhebung weiter zu verfolgen, am 24. Juli 1880 zugestellt erhalten hat, die Zustellung der gegenwärtigen Klage aber, nachdem die Parteien auf Verlängerung der Frist bis zum 8. September 1880 compromittirt hatten, am 11. September 1880 erfolgt ist.

Sodann hat nach Verlesung der unter II gedachten Anträge der Kläger des dargestellte Sach- und Streitverhältniß, den Servituten-Vertrag vom 12. März 1781 nebst Bestätigungsdecret, die Briefe vom 30. April und 22. Mai 1880 (Klagbeil. B. und C.), den Brief des Vertreters des Rechtsanwalts Sch. an den Bevollmächtigten des Klägers vom 4. August 1880 (Anl. D.) den Brief M.'s an Rechtsanwalt R. vom 27. Mai 1880 (Beifuge A.), die am 22. November 1880 und am 7. Mai 1881 verkündeten Beweisbeschlüsse, das Protokoll über die Besichtigung und die Vernehmung des Sachverständigen M. und dessen Gutachten, sowie die Urtelsformel nebst Gründen vorgetragen.

Weiter hat Kläger

1) die Richtigkeit und logische Begründung des Gutachtens des Oekonomie-Oberkommissar M. unter Bezugnahme auf die in seinem Schriftsatz vom 6. September 1881 ersichtlichen, von ihm wiedergegebenen Ausführungen unter I. 1—8 bestritten,

2) die Vorlegung des (genau ausgearbeiteten) Drainirungsplanes von den Beklagten gefordert,

3) eine erneuerte Beweisaufnahme insbesondere zu dem Zwecke, um festzustellen, ob durch die Drainirung ihm nicht der Wasserzufluß und zwar muthmaßlich ohne die Möglichkeit, den alten Zustand wieder herzustellen, gemindert

oder gestört werde, beantragt und hierzu als geeigneten Sachverständigen den Inspektor U. in S. vorgeschlagen und

4) geltend gemacht, daß, da durch das Gutachten M's. bereits feststehe, daß unter gewissen Voraussetzungen durch die Drainirung der Wasserzufluß gestört werde, schon jetzt der Anspruch Klägers für liquid gestellt zu achten sei.

Daß ausnahmsweise hier sämmtliche Quellen vertikal stiegen, also die in der Regel einer Wasserleitung schädliche Handlung der Drainirung hier ausnahmsweise eine Störung der anerkannten Servitut nicht enthalte, sei nicht von dem Kläger, sondern vielmehr von den Beklagten zu erweisen.

Kläger hat hierbei einen von dem Oberinspektor U. in S. an seinen Bevollmächtigten, Rechtsanwalt R., gerichteten Brief vom 7. Februar 1881 überreicht und dessen Inhalt vorgetragen.

Beklagte haben denselben als ächt anerkannt, ohne jedoch sich ohne Weiteres und unbedingt mit dem Inhalt dieses Briefes einverstanden zu erklären, der Vernehmung U.'s, da derselbe nur Landwirth nicht Techniker für Bewässerungsanlagen sei, widersprochen, die Richtigkeit der neueren Ausführungen des Klägers bestritten, vielmehr behauptet, daß das Gutachten des Obercommissars M. sachgemäß und richtig sei, durch die Drainage eine Verminderung des Wasserzuflusses nicht stattfinde, zur näheren Begründung die in dem Schriftsatze vom 20. April 1882 unter 1—15 enthaltenen Anführungen vorgetragen und vorsorglich Vernehmung der bei Punkten 1—14 benannten Sachverständigen und des zu 15 Gerichtswegen zu benennenden Sachverständigen und zwar zu 1. 2. 4. 5. 7. 10. 13. 14. und 15. nach gerichtlicher Vorzeigung des Begutachtungsobjekts beantragt, auch den unter 9. gedachten Drainirungsplan vorgelegt.

Kläger glaubt aus der Berufungswiderlegung der Beklagten gerade eine drohende Gefahr deduciren zu können und bemerkt noch:

So lange das Quantum Wasser, welches jetzt seinem Rittergute durch die Röhrenfahrt aus den 7 Brunnen zugeführt werde, nicht festgestellt sei, lasse sich auch gar nicht bestimmen, ob, wenn künftig das Wasser in einem Bassin gesammelt und aus demselben durch die Röhrenfahrt abgeleitet werde, eine Minderung oder Vermehrung des so gewonnenen Wassers eingetreten sei.

Sodann sei das Bassin von den Beklagten zu unterhalten, die Verpflichtung hierzu eine Reallast, welche ohne Eintragung im Grundbuche keine Gültigkeit habe. Zu einer solchen hätten sich aber Beklagte nicht erboten, er würde daher gar nicht in der Lage sein, dieselben zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit anzuhalten.

Beklagte führen dagegen an, es liege ihnen eine Verpflichtung zur Unterhaltung des auf ihre Kosten anzulegenden Sammelbassins ebensowenig ob, als sie den Aufwand zur Instandhaltung der Brunnen zu bestreiten gehabt hätten.

Gegen die Ansicht der ersten Instanz, daß das Gesetz vom 15. August 1855 auf einen Fall vorliegender Art nicht Anwendung leide, haben Beklagte etwas nicht eingewendet, insbesondere die dafür angeführten Gründe zu widerlegen nicht unternommen.

III. Thatbestände in der Berufungsinstanz — unter gleichzeitiger Verweisung auf den vorinstanzlichen Thatbestand.

7.

Der klagende Ortsarmenverband hat der in L. wohnhaften Beklagten, deren Ehemann daselbst am 1. November 1871 verstorben ist und welche mit ihren vier Kindern den Unterstützungswohnsitz in Z. hat, theils unmittelbar, theils durch Vermittelung der Armenversorgungsbehörde zu L. in der Zeit vom 1. November 1871 bis zum 30. September 1882 an außerordentlichen Unterstützungen

62 Mk. 32 Pf.

und an fortlaufenden Unterstützungen

1221 Mk. 50 Pf.

bar gewährt. Nach dem 30. September 1882 ist die bis dahin mittellos gewesene Beklagte durch eine Schenkung im Betrage von 3000 Mk. in bessere Vermögensumstände gekommen.

Auf Grund der Vorschrift in §. 66 der Armenordnung vom 22. Oktober 1840 hat der Kläger die Erstattung der Gesammtsumme von

1283 M. 82 Pf.

von der Beklagten gefordert; es war aber, nachdem Letztere ihre Verpflichtung zu Erstattung des an erster Stelle gedachten Betrages von 62 Mk. 32 Pf. anerkannt und diese Schuld durch Zahlung getilgt hatte, bei der Urtheilsfällung in erster Instanz die Erstattungsverbindlichkeit der Beklagten nur in Ansehung der 1221 Mk. 50 streitig geblieben.

Die Letztere hat dem nurerwähnten Klaganspruche gegenüber geltend gemacht, daß während des fraglichen Zeitraumes nicht sie selbst, sondern ihre Kinder hilfsbedürftig gewesen und daher diese als die Almosenempfänger anzusehen seien; sie habe die laufenden Unterstützungen lediglich als Vertreterin ihrer Kinder erbeten und erhalten. Während der ganzen Zeit vom 1. November 1871 bis 30. September 1882 habe sie, was der Kläger nicht bestreitet, für ihre Person auslänglichen Verdienst gehabt. Demnächst hat sie unter Zuschiebnng des ihr von dem Gegner zurückgegebenen Eides angeführt, sie habe kurz nach Beginn der fortlaufenden Unterstützungen zwischen Weihnachten 1871 und Ostern 1872 dem damaligen Bürgermeister A. in Z. ausdrücklich erklärt; „sie erbitte eine Unterstützung *zur Erziehung und*

Ernährung ihrer Kinder; für sich beanspruche sie Nichts, da sie sich selbst ernähren könne." Auch ist von ihr Zeugenbeweis darüber angeboten worden, daß sie in gleicher Weise gegen ihre früheren L'er Armenpfleger Frey und Müller sich ausgesprochen und von den hier fraglichen Unterstützungen Nichts für sich verbraucht habe. Es gehe auch aus den hierüber ergangenen, von ihr angezogenen Akten des Stadtrathes zu Z. hervor, daß die fortlaufenden Unterstützungen nur Erziehungsbeihilfen für ihre Kinder gewesen seien.

Der Kläger hat unter Bezugnahme auf die nämlichen Akten behauptet, daß die Unterstützungen für die Familie Seyferth bestimmt gewesen und nur eingeräumt, daß ein Theil der gewährten Almosen für die Kinder verwendet worden sei. Dagegen soll nach dem Anführen des Klägers die Beklagte, welche nicht vollständig erwerbsfähig gewesen sei, mindestens die Hälfte der empfangenen Almosen zu ihrem eigenen Nutzen verwendet haben.

Wegen der Einzelheiten der Parteibehauptungen wird auf den Thatbestand des angefochtenen Urtheils verwiesen, welches in allen seinen Theilen nebst den in dem Thatbestand, bez. auch in den Entscheidungsgründen dieses Urtheils angezogenen Stellen aus den vorbereitenden Schriftsätzen und aus den „die Unterstützung der Seyferth'schen Familie in —" betreffenden Akten des Stadtraths zu Z. Abth. III U. Abth. VI No. 55 in der Berufungsverhandlung vorgetragen worden ist. In dieser Verhandlung hat der Kläger aus den nurbezeichneten Akten auch Dasjenige, was Bl. 14, 18, 38, $44^{a/b}$, $52^{a/b}$ und 53^{a} enthalten ist, nebst dem Inhalte der Entscheidungsgründe zu den Urtheilen erster und zweiter Instanz in der zwischen den Parteien früher anhängig gewesenen Arrestklagsache (Litr. III. 36/82) zum Vortrag gebracht.

Die vorige Instanz hat

1) die Beklagte zu Bezahlung von 17 Mk. verurtheilt,
2) bezüglich eines Betrages von 904 Mk. 50 Pf. die Klage abgewiesen,
3) der Beklagten den Eid darüber

   daß sie dem Bürgermeister A. in Z. zwischen Weihnachten 1871 und Ostern 1872 erklärt habe:

   ich erbitte eine Unterstützung zur Ernährung und Erziehung meiner Kinder; für mich beanspruche ich Nichts, da ich mich selbst ernähren kann,

auferlegt und von der Leistung dieses Eides die Abweisung der Klage auch im Uebrigen, von der Nichtleistung aber die Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 300 Mk. abhängig gemacht,

4) von den Kosten des Rechtsstreites $^{10}/_{15}$ dem Kläger, $^{1}/_{15}$ der Beklagten auferlegt, während die übrigen $^{4}/_{15}$ im Falle der Eidesleistung von

dem Kläger, im Falle der Nichtleistung von der Beklagten getragen werden sollen.

Der Berufungsantrag des Klägers hat die Dispositionen unter 3) und 4) zum Gegenstande und ist auf die unbedingte Verurtheilung der Beklagten zu Bezahlung von 300 Mk. und zu Tragung der $^4/_{15}$ der Prozeßkosten gerichtet.

Von der Beklagten wurde, unter eventueller Wiederholung des früheren Erbietens zum Zeugenbeweise, die Verwerfung der Berufung beantragt.

Neue Thatsachen sind in der Berufungsverhandlung nicht vorgebracht und ebensowenig neue Beweisanträge gestellt worden.

8.

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß der Beklagte zu Folge eines mit dem Kläger geschlossenen Vertrages verpflichtet ist, Letzterem einen Theil von dem durch den Bau eines in X. errichteten Panoramagebäudes erzielten Reingewinne zu gewähren.

In der am 8. März 1883 zugestellten Klage forderte Kläger Rechnungsablegung und Ziehung der Bilanz hinsichtlich der bei dem Panoramabau gehabten Einnahmen und Ausgaben und suchte die vom Beklagten, welcher Klagabweisung beantragte, mit Rücksicht auf den Mangel der Vollendung des Baues in Abrede gestellte Fälligkeit des Klaganspruchs durch die Behauptung zu erweisen, daß die noch fertig zu stellenden Arbeiten nicht zu der von Damm und von Strousberg dem Beklagten übertragenen Bauausführung zu rechnen seien, hinsichtlich welcher ihm ein Antheil am Reingewinn zustehe und bezüglich deren er Rechnungsablegung verlange. Nachdem die von beiden Theilen benannten Zeugen Damm und von Strousberg abgehört, machte Kläger unter Berufung auf das Zeugniß des Zeichners Krimpe, sowie auf Sachverständigengutachten weiter geltend, daß Beklagter auch die Kosten der noch restirenden Arbeiten zu berechnen sehr wohl in der Lage sei, weil er die Ausführung derselben anderen Personen gegen bestimmte Accordsummen übertragen habe.

Gegen das die Klage zur Zeit abweisende Urtheil erster Instanz hat der Kläger Berufung eingewendet. Er beantragt Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte, hat aber die letztere insofern eingeschränkt, als er die Rechnungslegung nicht auf diejenigen 35,000 Mk. erstreckt wissen will, welche dem Beklagten als persönliche Provision zugesichert sind. Der Gegenantrag des Beklagten ist auf Zurückweisung des Rechtsmittels gerichtet.

Kläger hat das angefochtene Urtheil in allen seinen Bestandtheilen vorgetragen, auch die Klaganlage A. sowie die Aussage des Zeugen Damm zur Vorlesung gebracht.

In thatsächlicher Beziehung haben die Parteien in der Berufungsinstanz ihr Einverständniß darüber erklärt, daß der Bau des fraglichen Panoramas am 18. August 1883 beendet worden ist, nicht minder, daß der Beklagte dem Kläger am 2. Oktober 1883 die Bl. 41 in Abschrift ersichtliche, von ihm vorgetragene Rechnung überreicht und die Belege hierzu zu Verfügung gestellt hat. Endlich ist von dem Beklagten zum Beweise dafür, daß zur Abrechnung bei einem größeren Baue mindestens drei bis sechs Monate erforderlich seien, auf Sachverständigengutachten Bezug genommen worden.

9.

Kläger beansprucht von dem Beklagten den Ersatz des Schadens, welchen er durch die am 2. Mai 1882 auf dem Staatseisenbahnhofe zu X. erfolgte Zertrümmerung eines ihm gehörigen Patentwagens erlitten hat. Er beantragt deshalb

1. den Beklagten zu verurtheilen, daß derselbe auf seine Kosten den zerstörten Wagen wiederherstellen lasse, beziehentlich dem Kläger einen neuen Wagen oder statt dessen eine Entschädigungssumme von 700 Mk. gewähre, auch dem Kläger auf die Zeit vom 3. Mai 1882, bis zu der am 30. Juni 1882 bewirkten Klagzustellung eine wöchentliche Entschädigung von 12 Mk. bezahle, sowie
2. festzustellen, daß Beklagter auch fernerhin bis zur Wiederherstellung des Wagens oder Vergütung des Schadens dem Kläger eine wöchentliche Entschädigung von 12 M. zu gewähren verbunden sei.

Nach der ausdrücklichen Erklärung Klägers sollen diese Ansprüche lediglich auf ein von den Beamten der Staatseisenbahn verschuldetes, den Bestimmungen in §§ 1483 flgd. des B. G. B's zu unterstellendes rechtswidriges Verhalten, für welches der Beklagte in Vertretung jener Beamten aufzukommen habe, gestützt werden und aus folgendem, von dem Kläger angeführten Sachverhältnisse sich ergeben.

Am 2. Mai 1882 habe sich auf dem Bahnhofe zu X. zwischen dem sogenannten Krahngleise und dem kleinen Hebekrahne ein dem Kläger gehöriger Patentwagen aufgestellt befunden, in welchen aus einer auf dem gedachten Gleise stehenden, mit einer Mehrzahl anderer Eisensbahnwaggons verkoppelten Lowry Kartoffeln abgeladen worden seien. Nachdem der Patentwagen mit Kartoffeln gefüllt, die bemerkte Lowry aber noch nicht vollständig entleert gewesen, sei ersterer an seinem seitherigen Platze fortdauernd verblieben. Darauf habe Mittags gegen 1 Uhr eine vor den Wagentrain auf dem Krahngleise vorgelegte Rangirmaschine diesen Train nach den Güterhallen zu fortbewegt, um einige Wagen ausländischer Bahnverwaltungen auszuwechseln. Als

siebenter Wagen hinter der erwähnten, noch mit einem Reste von Kartoffeln beladenen Lowry sei in dem Train die mit einem Doppelfußtritte versehene Lowry No. 8864, als achter die mit Steinen beladene und mit Klappbords, d. h. mit beweglichen, in einer Axe drehbaren, bei dem Ausladen der Fracht der Bequemlichkeit halber herabzulassenden Längsseiten versehene Lowry No. 21432 eingereiht gewesen. Von der letzteren Lowry habe während der Fortbewegung des Trains der eine mangelhaft befestigte Klappbord heruntergehangen, wegen der einseitigen Belastung der Lowry etwas vom Gleise nach außenhin abgestanden, auch in seinen Angeln stark hin- und hergeschwankt. Einige Arbeiter seien vergeblich bemüht gewesen, denselben vor dem Abgange des Zuges wieder aufzuschlagen, und so sei es gekommen, daß dieser Klappbord beim Vorübergehen der Steinlowry an dem Patentwagen Klägers dessen rechtes Vorderrad getroffen habe, wodurch die vordere Axe zurückgedrängt, die Deichsel mit ihrer Spitze weit auf das Gleis geschoben und der Wagen selbst in Folge des Zusammenstoßes mit einer der nachfolgenden Lowrys umgeworfen und zertrümmert worden sei. Zur Zeit des Anfanges der Rangirbewegung habe der Patentwagen Klägers mit dem äußersten Theile der Axe ungefähr zwei Ellen vom nächsten Gleisstrange und mindestens fünf Zoll vom Doppelfußtritte der Lowry No. 8864 abgestanden, eine Entfernung, bei welcher die Möglichkeit eines Zusammenstoßes des Wagens mit einer Lowry des Eisenbahntrains ausgeschlossen gewesen sei. Die Schuld an dem Unfalle trage hiernach der Führer des Rangirzuges, der Schirrmeistergehülfe E., welcher vor dem Beginne der Rangirbewegung den Zug zu besichtigen und namentlich in Berücksichtigung einer bestehenden Dienstvorschrift die gehörige Heraufschlagung und Befestigung des Klappbords zu überwachen gehabt, diese Verpflichtung aber vernachlässigt habe. Zur Wiederherstellung des zerstörten Patentwagens sei ein Kostenaufwand von 700 Mk. erforderlich, und außerdem habe Kläger seit dem 3. Mai 1882 täglich, mit Ausnahme der Sonntage, ein Miethgeld von 1 Mk. 50 Pf. für einen in seinem Fuhrwerksgeschäft benutzten anderen Patentwagen, ingleichen wegen des bei der Verwendung des Miethwagens langsamer von Statten gehenden Aufladens einen Mehrbetrag von Arbeitskosten von 50 Pf. verausgabt.

Beklagter räumt den stattgefundenen Zusammenstoß des Patentwagens Klägers mit dem auf dem Krahngleise in Bewegung gesetzten Eisenbahntrain, nicht minder den Umstand ein, daß während dieser Train sich fortbewegt, ein Klappbord der den achten Waggon hinter der Kartoffellowry bildenden Steinlowry No. 21432 herabgehangen habe. Dagegen stellt er jede Verschuldung eines Eisenbahnbeamten, an jenem Zusammenstoße und der dadurch herbeigeführten Beschädigung des Patentwagens in Abrede, indem er den Sachverhalt folgendermaßen schildert.

Der Patentwagen Klägers habe nur eine Elle vom nächsten Schienenstrange, also 1343 mm vom Gleismittel entfernt gestanden, während derselbe, um einen Zusammenstoß mit den auf dem Krahngleise befindlichen Lowry's bei deren Vorüberfahren zu verhüten, mindestens 1580 mm von dem Gleismittel hätte entfernt stehen sollen, da der Doppelfußtritt der in dem Eisenbahntrain den siebenten Platz nach der Kartoffellowry einnehmenden Lowry No. 8864 mit der äußersten Kante 1450 mm weit vom Gleise abgestanden habe. An die auf dem Bahnhofe in X. verkehrenden Geschirrführer sei wiederholt das Gebot ergangen, ihre Fuhrwerke den Gleisen nicht zu nahe zu stellen; dieses Gebot sei auch dem Geschirrführer Klägers, H., bekannt gewesen. Die Güterwagengruppe auf dem Krahngleise sei zu der vom Kläger angegebenen Zeit nicht rangirt, sondern in Gemäßheit des dem damaligen Schirrmeistergehülfen E. ertheilten Auftrages nur um 12—15 Wagenlängen vorwärts gezogen worden. Bei einer solchen bloßen Vorwärtsbewegung könne das Aufziehen der Klappbords, das lediglich zum Zwecke der Schonung derselben, nicht zum Schutze der zwischen den Gleisen haltenden Fuhrwerke vorgeschrieben sei, unterbleiben. Der während der Vorwärtsbewegung des Trains herabhängende Klappbord der Steinlowry No. 21432 habe indessen auch den Patentwagen Klägers gar nicht getroffen, vielmehr sei dies durch den Doppelfußtritt der Lowry No. 8864 geschehen, welcher beim Vorüberfahren die Vorderaxe jenes Wagens dergestalt gestreift habe, daß die Deichsel nach dem Eisenbahntrain zu gedreht, der auf diese Weise etwas zurückgedrängte Wagen selbst aber mit dem Hintertheile in den Zug gerathen und hierbei umgestürzt worden sei. Ein herabhängender Klappbord könne seiner Construktion zufolge überhaupt nicht nach außen schwanken und neige gewöhnlich nach dem Gleise zu, nicht vom Gleise ab.

Ferner bestreitet der Beklagte die Höhe sowohl des geforderten Reparaturaufwandes als auch der beanspruchten Vergütung für Wagenmiethe und bezweifelt, daß für den Kläger täglich die Notwendigkeit der Verwendung eines Miethwagens seither vorhanden gewesen sei.

Ueber die streitige Entfernung, in welcher der Patentwagen Klägers von dem Krahngleise bei dem Beginne der auf dem letzteren vorgenommenen Zugsbewegung gestanden, sowie über die von den Parteien abweichend angegebene Modalität des erfolgten Zusammenstoßes sind auf den Antrag Klägers die Handarbeiter G. und H., auf den Antrag des Beklagten der Schirrmeister E. und die Wagenrücker Es. und Th. als Zeugen eidlich abgehört. Demnächst ist der eben genannte E. dem Antrage beider Theile gemäß über die Bewandniß der veranstalteten Zugsbewegung und die wegen der Klappbords bestehenden dienstlichen Vorschriften, der Geschirrführer Klägers H., auf den Antrag des Beklagten über das Verbot einer zu großen Annäherung der Fuhrwerke an

die Bahngleise, und der Fuhrwerksbesitzer U. dem Antrage Klägers entsprechend über die bisherige Benutzung eines Miethwagens Seiten Klägers eidlich als Zeugen vernommen. Das sachverständige Gutachten, auf welches beide Parteien in Betreff des Maaßes der einzuhaltenden Entfernung der Geschirre von den Bahngleisen, ferner der Beklagte hinsichtlich der Construktion der Klappbords und ihrer Bewegungen in herabhängendem Zustande, endlich der Kläger in Ansehung des zur Wiederherstellung des zerstörten Patentwagens nothwendigen Kostenaufwandes sich bezogen haben, ist nicht eingeholt.

Auf Grund des vorstehend zusammengefaßten, in der Berufungsverhandlung, unter Verlesung der Protokolle Bl. — flgd. und — flgd. über die Abhörung der oben erwähnten Zeugen, aus dem angefochtenen Urtheile zum Vortrage gebrachten Sachstandes hat die erste Instanz den Kläger mit der Klage wegen mißlungenen Beweises derselben kostenpflichtig abgewiesen. Der jetzige Berufungsantrag Klägers ist dahin gerichtet, den Beklagten nach dem Klaggesuche zu verurtheilen. Bei Begründung des Rechtsmittels erklärt der Kläger zunächst, daß er sein bisheriges Vorbringen über den Causalzusammenhang des fraglichen Unfalles mit einer von den Bahnbeamten bezüglich des herabhängenden Klappbordes der Lowry No. 21432 verschuldeten Nachlässigkeit unverändert aufrechterhalte, solches auch durch den erhobenen Zeugenbeweis mindestens bis zu einem richterlichen Eide für dargethan erachte, da die ihm günstigen Zeugen verdachtsfrei, die ihm ungünstigen dagegen mit Rücksicht auf ihr dienstliches Verhältniß zu dem Beklagten in hohem Grade verdächtig seien. Zugleich benennt er für die Behauptung, daß es sich bei der Vorüberfahrt des Eisenbahntrains auf dem Krahngleise um eine wirkliche Rangirbewegung gehandelt habe, die in dem Schriftsatze vom 16. Oktober 1883 zu 1 aufgeführten Personen als Zeugen. Außerdem macht er geltend, daß selbst, wenn ein Zusammenstoß des Doppelfußtrittes der Lowry No. 8864 mit dem Patentwagen, wie der Beklagte behaupte, den Unfall veranlaßt haben sollte, immerhin eine von dem Beklagten zu vertretende Verschuldung insofern vorliegen würde, als an der fremdländischen Lowry No. 8864 im Vergleiche mit den inländischen Lowrys die Trittbretter wenigstens zwei bis drei Zoll weiter hervorgetreten seien und demnach vor der Ingangsetzung des Trains von den Leitern desselben für die Beseitigung aller Gegenstände, welche mit diesen Trittbrettern in Collision kommen konnten, Sorge zu tragen gewesen wäre.

Beklagter, welcher die Zurückweisung der Berufung beantragt, giebt soviel zu, daß der Fußtritt der Lowry No. 8864 etwas mehr, als der Fußtritt der Kartoffellowry hervorgeragt habe, bestreitet jedoch die rechtliche Erheblichkeit dieses Momentes und ebenso die Eigenschaft der ersteren Lowry als einer fremdländischen. Zu dem letzteren Punkte beruft sich Kläger gleichfalls auf

das Zeugniß der in seinem Schriftsatze vom 16. Oktober 1883 bei Abschnitt 1 genannten Personen.

10.

Wegen des Sach- und Streitstandes, wie er in voriger Instanz vorgelegen hat, wird auf den Thatbestand des angefochtenen Urtheils verwiesen, welches nebst dem vom Beklagten eingereichten Recognitionsscheine vom 28. März 1882, dem Schriftsatze vom 11. März 1883 sammt Beilage A und dem Protokolle über die Vernehmung des Zeugen T., in der Berufungsverhandlung zum Vortrag gelangt ist.

Zum Verständniß des Nachstehenden mag nur Folgendes bemerkt werden:

Die vor dem 20. Januar 1883 zugestellte Klage ist auf Anfechtung eines Kaufvertrags gerichtet, Inhalts dessen der Sohn des Beklagten am 24. Febr. 1882 sein gesammtes Grundbesitzthum, bestehend aus den Hälften der Hausgrundstücke, Fol. 62 und 63, sowie aus den Grundstücken, Fol. 72, 73, 78, 79 und 94 des Grund- und Hypothekenbuchs für H., nebst allem lebenden und todtem Inventar um 7000 Mk. an seinen Vater verkauft hat. Nach der Kaufsurkunde sollten zwei hypothekarische Forderungen an zusammen 4500 Mk. darunter eine von 1500 Mk. für Johann Gottlieb Gü., auf den Kaufpreis übernommen, 2300 Mk. aber nach einvierteljährlicher Kündigung gezahlt werden, bis zur Zahlung jedoch unverzinslich und ohne hypothekarische Sicherstellung verbleiben. Ueber 200 Mk. war als bezahlt quittirt.

Auf Grund dieses Kaufvertrags wurde Beklagter, und zwar, wie beide Theile jetzt berichtigend bemerken, erst am 28. März 1882, auf allen betroffenen Folien als Eigenthümer eingetragen.

An den Verkäufer, Baupel jun. steht dem Kläger eine, schon zur Zeit jenes Kaufsabschlusses fällig gewesene Forderung zu, rücksichtlich deren er in einem, am 13. August 1882 rechtskräftig gewordenen Urtheile einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat. In diesem Urtheile war Baupel jun. zur Zahlung von 283 Mk. 40 Pf. nebst Zinsen zu 5 v. H. seit dem 27. Mai 1882 und zu Tragung von $^{8}/_{10}$ der Prozeßkosten verurtheilt. Einschließlich der letzteren und der Zinsen bis zum 27. Oktober 1882 beträgt der Anspruch nunmehr 394 Mk. 73 Pf. Die bei B. jun. vorgenommene Mobiliarpfändung war erfolglos ebenso, wie die Pfändung der Kaufgelderforderung an 2300 Mk., indem der Beklagte als Drittschuldner Quittung seines Sohnes vorlegte.

In Folge dessen fordert Kläger, Beklagter solle im Wege der Zwangsvollstreckung geschehen lassen, daß wegen seines Anspruchs im Betrage von 394 Mk. 73 Pf. darunter 283 Mk. Stammbetrag, nebst ferneren Zinsen zu 5 Prozent für diesen Stammbetrag seit dem 27. Oktober

1882 auf den oben angeführten Folien, und zwar im Range unmittelbar nach der Gündelschen Forderung, Hypothek eingetragen werde.

Er behauptet, der Verkäufer V. jun. habe die Absicht gehabt, durch den Kaufsabschluß seine Gläubiger zu benachtheiligen und Beklagter diese Absicht gekannt, während Letzterer, unter Anbietung einer Anzahl von Beweismitteln, versichert, es sei hierbei alles redlich zugegangen.

Die erste Instanz verurtheilt Beklagten zur Hauptsache nach dem Antrage Klägers, sowie zur Tragung der Kosten.

Mit der, gegen dieses Urtheil eingewendeten Berufung, — deren Zurückweisung vom Kläger beantragt wird, — bezweckt Beklagter die kostenpflichtige Abweisung der Klage.

In der Berufungsverhandlung hat Jener seinen Klagantrag dahin abgeändert, daß er nunmehr nicht mehr die ausdrückliche Erstreckung des für ihn zu bewirkenden Hülfseintrags auf die ferneren Zinsen zu 5 v. H. vom 27. Oktober 1882 verlangt, auch dementsprechende Abänderung des vorigen Urtheiles beantragt.

11.

Der Kläger erhebt mittelst der am 26. September 1881 zugestellten Klage Schädenansprüche wider den Beklagten wegen angeblicher Nichterfüllung eines mit demselben geschlossenen Vertrages.

Im Monat August 1881 war der Beklagter Pächter der Restauration zum blauen Roß in L. Verpachter war der Grundeigenthümer Namens Landmann. Das Pachtverhältniß war begründet auf die Zeit bis zum 30. Juni 1886. Im Monat August ist der Kläger, vertreten durch seinen mit Generalvollmacht versehenen Sohn Emil Clajus, wegen Erwerbung dieser Gastwirthschaft mit dem Beklagten in Verhandlung getreten und es ist zwischen den Betheiligten unter'm 11. August 1881 über dieses Geschäft eine, in der Ueberschrift als Kauf-Punktation bezeichnete Vertragsurkunde vollzogen worden, nach deren Wortlaut der Beklagte jene Gastwirthschaft mit sämmtlichem, unter 400 Nummern aufgeführten Inventare für 10200 Mk. an den Kläger verkauft hat. Hierbei hat der Verkäufer in §. 3 die Verbindlichkeit übernommen, den Miethvertrag über das Lokal auf den Käufer übertragen zu lassen, widrigenfalls die Kauf-Punktation als nicht abgeschlossen gelten und dem Käufer die auf den Kaufpreis angezahlten 500 Mk. zurückgewährt werden sollten. Außerdem ist in § 8 festgesetzt, daß derjenige Contrahent, der etwa vom Vertrage zurücktreten würde, dem daran Festhaltenden 500 Mk. Geschäftsentschädigung baar zu bezahlen habe.

Der Verpachter Landmann hatte dem Beklagten bereits vor Abschluß dieses Vertrags im Allgemeinen die Zusicherung ertheilt, daß er jeder Zeit aus dem Pacht herauskäme, wenn er einen andern, ordentlichen, zahlungsfähigen Abpachter einsetzte, und der Beklagte, der den Kläger bei den bezüglichen Verhandlungen hiervon unterrichtet hatte, hat sich auch, der ertheilten Zusage gemäß, bei Landmann für den Kläger verwendet. Landmann hat aber abgelehnt, dessen Eintritt in das Pachtverhältniß zu genehmigen. Der Kläger, hiervon in Kenntniß gesetzt, hat den Beklagten mittelst Briefes vom 9. September 1881 zur Rückzahlung der angezahlten 500 Mk. aufgefordert und ihm eröffnet, er werde alle seine Schäden im Belaufe von 2500 Mk. geltend machen.

Die gedachte Anzahlung ist dem Kläger hierauf am 10. dess. Mts. zurückgegeben worden. Die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatze der daneben geltend gemachten Schäden an 2500 Mk. mit 5% Zinsen, vom Tage der Klagzustellung an, hat der Kläger in erster Instanz lediglich auf die Behauptung zu gründen unternommen, daß der Beklagte ihm bei den stattgefundenen Verhandlungen erklärt habe, er stehe ihm dafür ein, daß der Hauswirth die Uebertragung des Pachtrechtes auf den Kläger genehmigen werde. Dieses vom Beklagten geleugnete Vorbringen hat jedoch die erste Instanz nicht für geeignet erachtet, die Klage zu begründen, vielmehr ist dieselbe dem Antrage des Beklagten gemäß abgewiesen worden.

Bei Begründung der hiergegen eingewendeten Berufung hat der Kläger den Klagantrag in der Bl. — fgd. der O.L.G. Akten unter a und b ersichtlichen Weise erweitert, indem er seinen angeblichen Schaden auf mindestens 3000 Mk. jährlich für den ganzen Rest der Pachtzeit, vom 1. September 1881 ab gerechnet, mithin im Ganzen unter Hinzurechnung der nutzloser Weise aufgewendeten Concessionskosten an 70 Mk. — auf 14320 Mk. erhöhte und wegen eines Betrages von 3070 Mk. hiervon Zinsen zu 5% bereits vom 1. September 1881 forderte, dies unter dem Hinweise darauf, daß er sich seit gedachten Tage — der in der Kaufpunktation zur Uebergabe der Restauration an ihn bestimmt war — jederzeit bereit gehalten habe, dieselbe zu übernehmen.

Der Kläger hat das angefochtene Urtheil mit Thatbestand und Gründen ingleichen die Kaufpunktation, wie auch den von Seiten des Beklagten mit Landmann abgeschlossenen Pachtvertrag sammt den ihm zu Grunde liegenden Verträgen Landmanns, mit den Vorgängern des Beklagten vorgetragen, auf welche Schriftstücke wegen der näheren Einzelheiten des Falles verwiesen wird. Die Pflicht des Beklagten zur Schadloshaltung des Klägers und die erhöhte Schädenberechnung gründet der Kläger gegenwärtig auf seine Ausführungen im Schriftsatze von 24. Oktober 1882, den er vorträgt, insonderheit darauf, daß der Beklagte sowohl bei den Verhandlungen, die der Vollziehung der

mehrgedachten Kaufpunktation vorausgegangen seien, als auch nach diesem Vertragsabschlusse ihm, dem Kläger, wiederholt unter seiner Annahme zugesichert habe, wenn Landmann die Zustimmung zum Verkaufe der Restauration an den Kläger nicht ertheile, den Eintritt des Klägers in den Pachtkontrakt nicht genehmige, werde er, Beklagter, allen dem Kläger dadurch entstehenden Schaden ersetzen.

Nachdem der Beklagte diesem Vorbringen als unwahr widersprochen hatte, sind die drei vom Kläger deshalb benannten Zeugen über diesen Punkt vernommen worden. Von diesen haben sich der Kaufmann Engel in W. und der Brauereibeamte Kr. in R. bei eidlicher Vernehmung als nichtwissend ausgewiesen, während der nicht eidlich vernommene, oben schon genannte Sohn und Generalbevollmächtigte des Klägers, Emil Clajus, das neuerliche Vorbringen des Letzteren durchgehends bestätigt hat. Wegen der näheren Einzelheiten dieser Vernehmungen wird auf die Protokolle Bl. — fg., — fg. und — fg. der O.L.G.A. verwiesen, bei deren Vortrag der Kläger im Schlußverhöre den Antrag auf unbedingte Verurtheilung des Beklagten, mindestens aber auf Zulassung zu einem richterlichen Eide gestellt hat, während vom Beklagten auf Verwerfung der gegnerischen Berufung angetragen worden ist.

12.

Der Ehemann und bez. Vater der Klägerin und der Mitkläger, der Bergarbeiter X., ist vom 14. April 1882, als dem Tage seines Arbeitsantritts bei dem Steinkohlenbauverein Z. an bis zu seinem am 19. Mai desselben Jahres erfolgten Tode Mitglied der beklagten Knappschaftskasse dieses Vereines gewesen. Er ist eines Diebstahls beschuldigt und deshalb von dem Obersteiger Str. am 17. Mai zu Rede gesetzt, am darauf folgenden Tage ist Feiertags halber nicht gearbeitet worden, am 19. Mai hat sich X. zwar mit anderen Kameraden auf den Weg nach dem Schachte begeben, um zur Arbeit zu gehen, ist aber zu dem Verlesen bei Beginn der Arbeit nicht erschienen, sondern hat sich unterwegs erhängt.

Beklagte behauptet nun, X. habe kurz vor dem 15. gedachten Monats dem Bergarbeiter B. eine Tabakspfeife gestohlen, Str. habe ihm am 17. angekündigt, die Sache werde am nächsten Tage untersucht, und er werde, wenn sich der Diebstahl bestätige, entlassen werden. X habe auch den Diebstahl eingestanden.

Kläger haben diese letztere Thatsache eingeräumt, die übrigen Behauptungen der Beklagten bestritten, und sich darauf bezogen, der Verstorbene sei durch Mißhandlungen, die ihm B. zugefügt, zu jenem Geständnisse bewogen worden. Beklagte hat diese Mißhandlungen nicht bestritten.

Auf Grund der für die beklagte Knappschaftskasse bestehenden Statuten wird von der Klägerin Wittwenpension von jährlich 84 Mk nebst Zinsen, von den Mitklägern aber Waisenunterstützung von monatlich je 3, 50 Mk. nebst Zinsen gefordert, während Beklagte die Abweisung der Klage beantragt hat. Ueber die Höhe, die Dauer und die Fälligkeit der geforderten Leistungen an sich sind die Parteien einverstanden, ebenso darüber, daß das den Akten vorgeheftete Druckexemplar von Statuten für die beklagte Knappschaftskasse mit den für diese bestehenden Statuten übereinstimmt.

In erster Instanz ist die Beklagte antragsgemäß verurtheilt worden.

Wegen der Einzelheiten dieses Sach- und Streitstandes und der gestellten Beweisanträge wird auf den Thatbestand des angefochtenen Urtheils Bezug genommen, welches in der Berufungsverhandlung nebst dem Beweisbeschlusse vom 6. Februar 1883 — Bl. —, dem Protokolle über die Verhandlung vom 17. März 1883 — Bl. —, dem Beschlusse von 24. desselben Monats — Bl. —, dem den Akten vorgehefteten Vormundschaftsscheine des Amtsgerichts L. vom 26. Juli 1882 und dem ebendaselbst befindlichen Zeugnisse der Amtshauptmannschaft Gl. vom 28. Februar 1883 über die Legitimation der Vertreter der Beklagter vorgetragen worden ist.

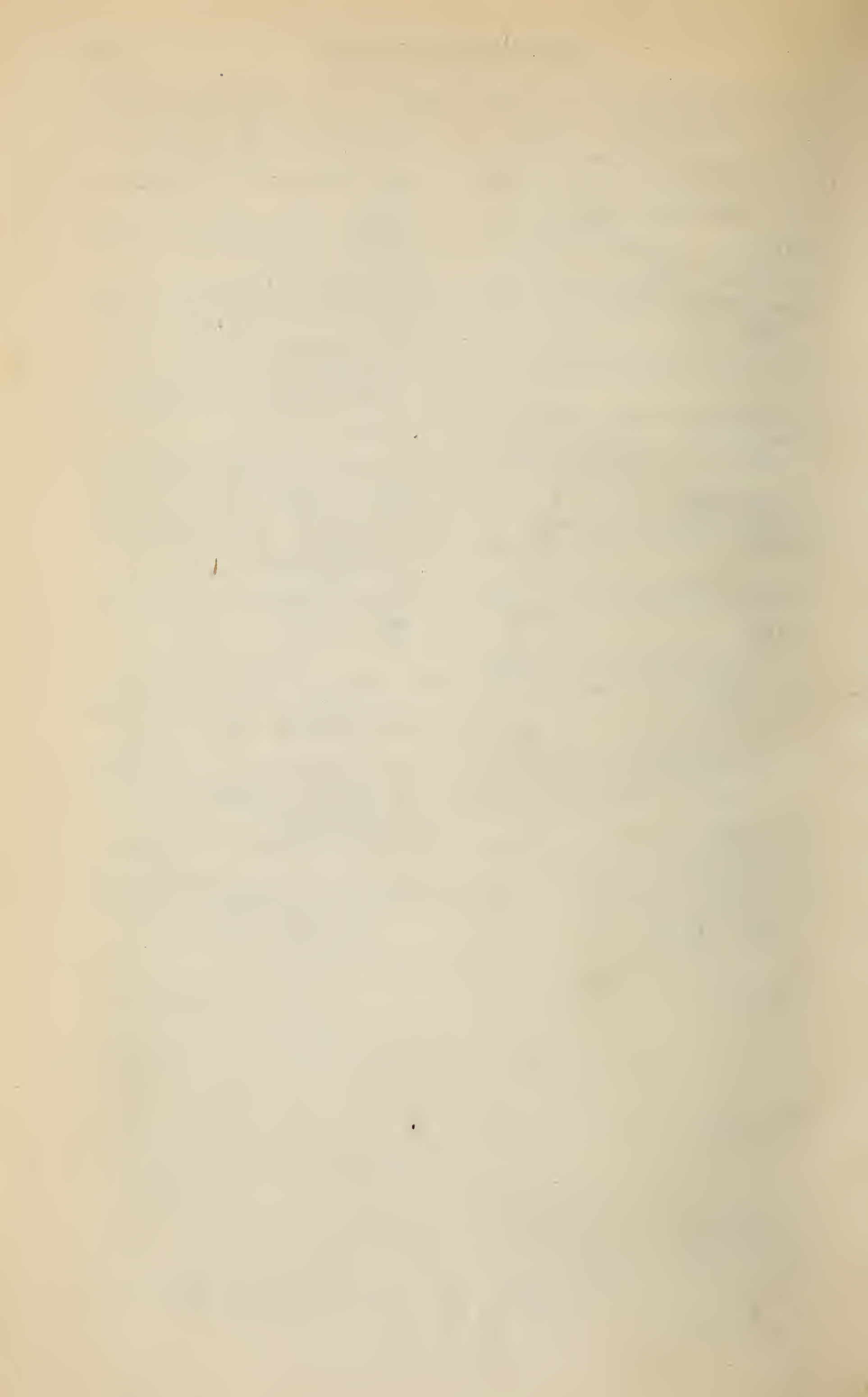
Beklagte hat gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt mit dem Antrage die Klage abzuweisen; Kläger dagegen haben die Zurückweisung der Berufung beantragt.

Von der Beklagten sind zunächst aus den Statuten die §§. 1. 2. 21 nebst X. des Nachtrages, 23. 25. Abs. 5. 26. 29. 30. Abs. 1 mit dem Bemerken, daß in XIV des Nachtrags die Pensionsscala geändert worden sei, 32. 33. und XVII des Nachtrags, bezüglich dessen die Parteien erklären, daß er an Stelle des §. 33 getreten sei, 35. 36 Ziffer 2, 37. 38 verb. mit XX. des Nachtrags, 44. 44a. 47. 48. 58. 59. 63. 66. Abs. 2. 3. 4. vorgetragen worden. Bei Ausführung des Rechtsmittels hat sie dann weiter erklärt, daß der verstorbene X. den Selbstmord in zurechnungsfähigem Zustande ausgeübt habe, daß sie bei der Behauptung, X. habe kurz vor dem 15. Mai 1882 dem Bergarbeiter B. eine Tabakspfeife gestohlen, stehen bleibe und hierzu die Bergarbeiter Aßmus, S—mann und Fr. als Zeugen benenne, nicht minder den Klägern darüber den Eid zugeschoben, daß der Obersteiger Str. am 17. gedachten Monats X., als er wegen dieser Diebstahlsanschuldigung mit demselben gesprochen, gesagt habe: „Die Sache wird untersucht werden, wenn es richtig ist, so wirst du entlassen."

Die Kläger haben erklärt, daß sie nicht behaupten könnten, der Selbstmord sei von X. in unzurechnungsfähigem Zustande verübt worden. Im Uebrigen haben sie die gegnerischen Anführungen bestritten, die Eideszuschiebung als unzulässig bezeichnet, da nicht behauptet worden sei, daß sie Erben des Verstorbenen geworden, event. aber den Eid angenommen.

Alphabetisches Inhaltsverzeichniß.

(Die beigefügten Zahlen enthalten den Hinweis auf die Seiten der Schrift. Die Ziffern in Parenthese bedeuten die Anmerkungen.)








12245
Wengler, Albert
Der Thatbestand des Civilurtheiles.
Law
For
W4742th
UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY
DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET

